جواهر الكلام

في شرح شرايع الاسلام

تأليف

شيخ الفقهاء وامام المحققين الشيخ محمد حسن النجفي

المتوفى سنة ١٢٦٦ من الهجرة

حققه وعلق عليه: محمود القوچاني

عنى بتصحيحه: العالم الفاضل السيد ابراهيم الميانجي

الجزء الثلاثون

قوبل بنسخة الاصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه،

طبع على نفقة

دار احياء التراث العربي

بيروت - لبنان ١٩٨١

الطبعة السابعة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ السبب الرابع ﴾

﴿ استيفاء العدد ، وهو قسمان ﴾

﴿ الاول ﴾

﴿ إذا استكمل الحرّ أربعاً بالعقد الدائم حرم عليه ﴾ مع وجود الاربع عنده نكاح ﴿ مازاد غبطة ﴾ أى دواماً إجماعاً من المسلمين بل ضرورة من الدّين ، و ما عن طائفة من الزيدية من جواز نكاح تسع لم يثبت ، بل المحكي عن مشائخهم البراءة من ذلك ، نعم قد اختص النّبى صلى الله عليه وآله بنكاح الأزيد من ذلك ، و هل كان يجوز له أزيد من التسع الّذي مات عنهنّ أو لايجوز ؟ فيه بحث ، لكنه قليل الجدوى ، و على كلّ حال فالأصل فيه قوله تعالى (١) : « و إن خفتم

---

(١) سورة النساء : ٤ـ الاية ٣ .

ألاّ تقسطوا في اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» بناءً على ما عرفته سابقاً من أنّ الأمر فيها للاباحة ، و مقتضى إباحة الأعداد المخصوصة تحريم مازاد عليها، إذ لوكان مباحاً لما خصّ الجواز بها ، لمنافاته الامتنان و قصد التوسيع على العباد ، ولأن مفهوم إباحة الأربع حصر مادون الأربع أومازاد عليها، والأوّل باطل بتجويز الثلاث فيها صريحاً ، فتعين الثاني .

بل يمكن أن يكون المراد منها إن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى بالانفاق من أموالهم التي في أيديكم التي جوّزالله لوليهم الانفاق منها بالمعروف فاقتصروا على نكاح ماطاب لكم، وحلّ وساغ من العدد أعني مثنى وثلاث ورباع إلى أن قال: « ذلك أدنى ألاّ تعولوا » فيستفاد منها حينئذ انحصار الحلّ في العدد المزبور ، و لذا أمر رسول الله صلى الله عليه وآله قيس بن الحرث عند نزول الآية و كان تحته ثمانية أن يطلق أربعاً ويمسك أربعاً قال: « فجعلت أقول للمرئة التي لم تلد: يا فلانة أدبري، والتي قد ولدت: يا فلانة أقبلي » (١) فمن الغريب دعوى بعض الناس عدم دلالة الآية على تحريم مازاد ، و إنما استفيد من دليل آخر .

ثمّ إنّ هذه الألفاظ معدولة عن أعداد مكررة هي ثنتين ثنتين ، وثلاث ثلاث ، و أربع أربع ، و هي غير منصرفة للعدل والصّفة ، فانها بينت صفات و إن كانت أصولها لم تبن لها ، و قيل عدم انصرافها لتكرير العدل عدلها عن صيغها و عدلها عن تكررها ، أي أنّ الأصل كان اثنين اثنين مثلاً فغيّر اللفظ إلى مثنى ، و عدل بها عن التكرير ، فصار بها عدلان لفظي و معنوي ، و نصبها على البدلية من المفعول ، أوعلى الحال من فاعل طاب ، و معنى الحالية فيها مثلها في قولك : « جئت فارساً و راجلاً و حافياً و ناعلاً » تريد أنك جئت في كلّ حال من هذه الأحوال لا أنك جئت في حال ثبوت جميعها ، و كذا الحال في الآية ، فانّ المراد جواز النّكاح في كلّ حال من الأحوال الثلاثة دون مجموعها ، وإلاّ لزم نكاح التسع .

---

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٣ مع اختلاف يسير ، وفيه أنه أسلم وعنده ثمان نسوة .

واليه يرجع ما عن الكشاف من تقدير الحال المذكورة ، فانكحوا الفتيات معدودات ، هذا العدد ثنتين ثنتين ، و ثلاثاً ثلاثاً و أربعاً أربعاً ، و على كلّ حال فمقتضى العطف بالواو جمع المتعاطفة في الجواز ، لا جواز الجمع بينها فلا يلزم نكاح التسع ، بل قيل معنى الآية الاذن لكلّ ناكح يريد الجمع أن ينكح ماشاء من العدد المذكور متفقين فيه و مختلفين ، كقولك : « اقتسموا هذه البدرة درهمين درهمين و ثلاثة ثلاثة » ولو أفردت كان المعنى تجويز الجمع بين هذه الأعداد دون التوزيع ، ولو ذكرت بأو لذهب تجويز الاختلاف في العدد وإن كان لايخلو من نظر، لما عرفت من أنّ الجمع بالحكم لا يقتضي الحكم بالجمع ، فلا يلزم من الأفراد تجويز الجمع بين الأعداد، ولأن تجويز الأعداد لجماعة المخاطبين بمعنى تجويزه، لكلّ واحد منهم لا للمجموع من حيث الاجماع ، فالتخيير الذى يقتضيه العطف بأو لو كان يكون لكلّ ناكح يريد الجمع، فلو اختلفوا لم يفعلوا إلاّ ما هوالجائز كما لو اتفقوا ، فلا يلزم أن يذهب تجويز الاختلاف على تقديره .

نعم يمكن أن يقال : إنّ العطف بالواو للدلالة على جواز كلّ من الأعداد لكلّ جامع أومريد للجمع ، فيجوز الأربع لواجد الثلاث بالتكميل ، وكذا الثنتان بالنقص، ولوعطف بأو لذهب التجويز في حقّ الجامع ، لأنه قد استوفى العدد المباح له ، فلا يجوز له غيره على ما يقتضيه التخيير .

وكيف كان فالغرض دلالة الآية على المطلوب من دون حاجة الى جعل الواو فيها بمعنى أو كما في جامع المقاصد والمسالك ، معلّلين ذلك بأنها لو بقيت على معناها اقتضت الآية جواز نكاح الثمانية عشر .

و فيه أوّلاً أن مثنى مثلاً بمنزلة اثنين اثنين ذكراً ، و هو أعمّ من كونه اثنين و اثنين على جهة التغاير ، و لذا قال بعضهم إنّه يلزم نكاح التسع لا الثمانية عشر ، و ثانياً أن إباحة هذه المراتب من الأعداد من حيث كونها أعداداً لا يقتضي جواز الجمع على الوجه المزبور ، ضرورة عدم كون المراد من إباحة الثلاثة مثلاً أنها أفراد غير الاثنين والأربعة غير الثلاثة ، بل قد عرفت أنّ الواو تقتضي الجمع

في الحكم الّذى هوالاباحة لا الحكم بالجمع كما هوواضح ، والأمر سهل بعد ضروريّة أصل الحكم الّذى لا فرق فيه بين الابتداء والاستدامة ، و لذا قال رسول الله صلى الله عليه وآله لغيلان بن سلمة لما أسلم وتحته عشر نسوة : « أمسك أربعاً وفارق سائرهنّ » (١) بل هو مقتضى قول الصادق عليه السلام في صحيح زرارة (٢) : « لا يجمع ماءه في خمس » .

﴿و﴾ كذا ﴿لا يحلّ له﴾ أي الحرّ ﴿من الاماء بالعقد﴾ الدائم ﴿أكثر من اثنتين﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وقد يستفاد ذلك من خبر أبي بصير (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوّج عليها يهوديّة ، فقال : إن أهل الكتاب مماليك الامام ، و ذلك موسع منّا عليكم خاصّة ، فلا بأس أن يتزوّج . قلت : فانّه يتزوّج عليها أمة ، قال: لا يصلح أن يتزوّج ثلاث إماء » الحديث بل في خبر عباد بن صهيب (٤) عن الصّادق عليه السلام « ولا يحل له من الاماء إلّا واحدة » بل قد عرفت فيما مضى أنّ المختار عدم جواز نكاح الأمة إلّا بالشرطين ، و من هنا قال في المسالك : « هذا كلّه على القول بجواز نكاح الأمة اختياراً ، أمّا عند من يعتبر الشّرطين فلا يجوز نكاح الثانية » و إن كان قد عرفت ما فيه سابقاً من إمكان فرض تحقّق الشّرطين مع نكاح الأمة لعدم رفع العنت بها و غيره ، بل لولا الاجماع لأمكن فرضهما مع الاثنتين أيضاً .

و على كلّ حال فحيث ينكح الاثنتين فهما محسوبان عليه ﴿من جملة الأربع﴾ لا أنهما معاً بمنزلة حرّة ، لا طلاق الأدلة ، فلا يجوز له حينئذ الجمع بين ثلاث حرائر وأمتين فضلاً عن حرّتين وثلاث إماء أوأربع كما هو واضح .

﴿و إذا استكمل العبد أربعاً من الاماء أوحرّتين أوحرّة وأمتين حرم عليه

(١) سنن البيهقى ج ٧ ص ١٨١ .
(٢و٣) الوسائل الباب -٢- من أبواب استيفاء العدد الحديث ١-٢ .
(٤) المستدرك الباب -٤١- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ١ .

مازاد* إجماعاً منّا بقسميه ، و نصوصاً كادت تكون متواترة ، ففي صحيح ابن مسلم (۱) عن أحدهما عليهما السلام « سألته عن العبد يتزوّج أربع حرائر، قال : لا، ولكن يتزوّج حرّتين ، وإن شاء تزوّج أربع إماء » وفي خبر الصّيقل (۲) عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن المملوك ما يحلّ له من النساء ، فقال : حرّتان أو أربع إماء » و في خبر زرارة (۳) عن أحدهما عليهما السلام « سألته عن المملوك كم يحل له أن يتزوّج ؟ قال : حرّتان أو أربع إماء » وفي خبره الآخر (۴) عن أبي جعفر عليه السلام « لا يجمع من النساء أكثر من الحرّتين » ولا ينافي ذلك ما في خبر الكناني (۵) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن المملوك كم يحلّ له من النساء ؟ قال : امرأتان » و كذا خبر سماعة (۶) بل في خبر زرارة (۷) عن أبي جعفر عليه السلام « لا يجمع المملوك من النساء أكثر من امرأتين » وخبر الفضيل (۸) « سألت أباالحسن عليه السلام عن المملوك كم تحلّ له من النساء ، فقال : لا يحلّ إلاّ ثنتين » بعد موافقتها لما تسمعه من العامة ، وإمكان إرادة الحرائر من ذلك .

نعم قد يقال : إنّه لا دلالة في شيء منها على جواز حرّة وأمتين الّذي ذكره المصنّف و غيره ، و دعوى إمكان استفادة تنزيل الحرّة بالنسبة الى العبد منزلة الأمتين و تنزيل الأمتين للحرّ منزلة الحرّة يدفعها منع دلالة النّصوص على ذلك ، و إن اشتملت على بعض ما ينطبق على ذلك لكنه لا يستفاد منها على وجه التعميم بعد حرمة القياس و استنباط العلّة والسبر و نحو ذلك عندنا ، على أنّه إن تمّ في العبد فلا يتمّ في الحرّ لما عرفته من عدم جواز ثلاث حرائر و أمتين للحرّ وحرّتين وثلاث إماء ونحو ذلك ممّا لا يطابق ماعرفت .

(۱و۲و۴) الوسائل الباب ـ۸ـ من أبواب استيفاء العدد الحديث ۱ـ۲ـ۴ .

(۳ و ۵ و ۶ و ۷) الوسائل الباب ـ ۲۲ ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ۲ـ۴ـ۶ـ۵ .

(۸) الوسائل الباب ـ۲۲ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ۳ عن محمد بن الفضيل .

نعم قد يقال بامكان الاستدلال على جوازه بمادل على جواز الحرتين للعبد(١) القاضي بجواز الحرة له قطعاً وجواز الأربع (٢) القاضي بجواز مادون ذلك له، و أن الأدلة أقصى مادلت عليه المنع من الزيادة على الحرتين والزيادة على الأربع إماء بمعنى إن تزوج حرائر فلا يزيد على حرتين ، و إن تزوج إماء فلا يزيد على أربع ، و أما صور الخلط فليس في شيء من الأدلة التعرض الى منعه ، فيبقى على أصل الجواز و على فحوى دليل كل من الصنفين ، و فيه أن مقتضى ذلك جواز الحرة و ثلاث إماء ، بل جواز الحرتين و أربع إماء ، و دعوى استفادة المنع فيه من دليل آخر كماترى ، فالأوجه أن يقال : إن دليله بعد الاجماع بقسميه عليه و عدم صدق الزيادة على أربع منه ما في الفقيه ، فانه بعد أن روى عن حمادبن عيسى (٣) « أنه سأل أباعبدالله عليه السلام كم يتزوج العبد؟ قال : قال أبي عليه السلام : قال علي عليه السلام : لايزيد على امرأتين » قال: وفي حديث آخر (٤) « يتزوج العبد حرتين ، أوأربع إماء ، أوأمتين و حرة » مؤيداً بامكان دعوى ظهور نصوص العبد خاصة في تنزيل الحرة بالنسبة اليه منزلة الأمتين ، فالعدد الممنوع منه الزيادة على أربع إماء حقيقة أوحكما ، والأمتان والحرة بمنزلة الأربع حكماً، فلا زيادة فيه ، فلا منع ، والأمر سهل بعد وضوح الحكم عندنا بخلاف غيرنا ، فعن الأكثر أنه لا يتجاوز اثنتين مطلقا على النصف من الحر و عن بعض أن له أربعاً مطلقا كالحر ، وإجماع الفرقة المحقة ونصوصها على خلافهم .

وعلى كل حال فقد ذكر غير واحد من الأصحاب أن الأمة المبعضة كالأمة في حق الحر ، وكالحرة في حق العبد ، والمبعض كالحر في حق الاماء ، فلا يتجاوز أمتين ، وكالعبد في حق الحرائر، فلا يتجاوز حرتين تغليباً لجانب الحرية في الجامع للوصفين ، ولاريب في أنه أحوط و إن كان لا يخلو من بحث إن لم يكن إجماعاً ،

(١و٢) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١و٢ .

(٣) الوسائل الباب -٨- من أبواب مايحرم باستيفاء العدد الحديث ٣ .

(٤) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١٠ .

خصوصاً في التبعيض اللاحق في التزويج الّذى قد يتعارض فيه الاحتياط ، فتأمّل جيّداً والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لكلّ منهما أن ينكح بالعقد المنقطع ماشاء﴾ بلا خلاف معتدّ به فيه بيننا ، لظهور الآية (١) في نكاح الدّوام بقرائنه فيها ، و استفاضة النّصوص (٢) وتواترها في ذلك ، نعم في خبرالبزنطى (٣) عن الرّضا عليه السلام قال : « قال أبوجعفر عليه السلام : اجعلوهنّ من الأربع ، فقال له صفوان بن يحيى : على الاحتياط ، قال : نعم » و في خبره الآخر (٤) عن أبي الحسن عليه السلام أيضاً « سألته عن الرّجل يكون عنده الأمرأة أيحلّ له أن يتزوّج باُختها متعة ؟ قال: لا، قلت: حكى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام إنما هي مثل الاماء يتزوّج ماشاء ، قال : لا هي من الأربع » وخبر السّاباطى (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام « عن المتعة ، قال : هي أحد الأربعة » و من المعلوم إرادة جعلها من الأربع حذراً من إطلاع المخالفين ، كما أومأ اليه الخبر الأوّل بذكر الاحتياط الّذي لا يتصوّر من الامام عليه السلام الأمر به بالنسبة الى الحكم ، على أنها في مقابلة ماجاء في الجواز كالعدم .

فمن الغريب ما عن ابن حمزة من أنها إحدى الأربع ، و أغرب منه ميله في المسالك إلى ذلك ، مناقشاً في أسانيد بعض روايات الجواز ، حاكيا عن المختلف أنه اقتصر في الحكم على مجرّد الشهرة و لم يصرح بمختاره ، قال : « و عذره واضح ، ودعوي الاجماع في ذلك غير سديد » قلت : لا بأس بدعوى ضرورة المذهب على ذلك فضلاً عن الاجماع ، والنّصوص ـ بعد استفاضتها و تعاضدها و اشتمالها على ضروب من الدلالة والتعليلات و اعتضادها بمثل هذا العمل ـ لا ينظر الى أسنادها ، كما لايخفى على من له أدنى خبرة باُصول المذهب وقواعده ، والله العالم .

﴿ وكذا ﴾ لكلّ منهما أن ينكح ﴿ بملك اليمين ﴾ ماشاء بلاخلاف فيه بين المسلمين فضلاً عن المؤمنين ، بل لعلّه من ضروريّات الدّين ، نعم قد تقدّم

---

(١) سورة النساء : ٤ـ الاية ٣ .

(٢و٣و٤و٥) الوسائل الباب ـ٤ـ من أبواب المتعة الحديث ٠ـ٩ـ١١ـ١٠ .

سابقاً البحث في ملك العبد وعدمه ، لكن قد استفاضت النّصوص (١) هنا بأنه لابأس في إذن المولى لعبده بأن يتسرّى ماشاء ويشتري مايشاء من الجواري ويطأهن، والمراد منها التحليل له ، ومنه يعلم أنه لابأس بالوطء بالتحليل لغيره ماشاء أيضاً ، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه ، سواء قلنا إنه إباحة أوتمليك ، ضرورة عدم تناول مادل على النّهي عن الأربع له بعد ظهوره في نكاح الدّوام كما هوواضح ، والله العالم .

﴿ مسألتان ﴾ :

﴿ الاولى ﴾

﴿ إذا طلّق واحدة من الأربع ، حرم عليه العقد على غيرها حتّى تنقضي عدّتها إن كان الطلاق رجعياً ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، لأنها بحكم الزوجة نصاً (٢) وفتوى الّذي منه ذلك ، بل ظاهرهما أنها كذلك ﴿و﴾ إن التزم بعدم الرّجوع بملزم شرعي ، فانه لا يخرجها عن حكم المطلّقة رجعياً الّتي هي بحكم الزّوجة ، نعم ﴿ لوكان الطلاق بائناً جاز له العقد على الاُخرى في الحال﴾ لخروجها عن الزّوجية بالطّلاق، وعدم مايدل على أنها بحكمها في العدّة، فلاجمع حينئذ بين خمس، فيشمله حينئذ دليل الاباحة ﴿و كذا القول في نكاح اُخت الزوجة ﴾ مع البينونة إلاّ أنه ﴿على كراهة مع البينونة ﴾ لبقاء عصمة النكاح في الجملة ، ولصحيح زرارة (٣) المحمول على ذلك عن الصّادق عليه السلام «إذا جمع الرّجل

(١) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب -١- من أبواب أقسام الطلاق والباب -١٣- منها الحديث ٦ والباب -٢٠- منها الحديث ١١ والباب -١٨و٢٠و٢١- من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

(٣) الوسائل الباب -٢- من أبواب مايحرم باستيفاء العدد الحديث ١ .

أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوّج الخامسة حتى تنقضي عدّة المرأة التي طلقت » أوعلى الرّجعي ، و بمعناه غيره من النصوص (١) المستفيضة ، لكن في كشف اللثام عن ظاهر التهذيب الحرمة ، قال : « وهو ظاهر الأخبار » و في المسالك « في الحمل نظر من حيث عدم المعارض ، نعم ورد التفصيل في الاُخت في روايات: منها حسنة الحلبي (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل طلق امرأته أواختلعت منه أوبانت أله أن يتزوّج اُختها ؟ فقال : إذا برأ عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب اُختها » قلت : قد يستفاد ذلك من هذه الرواية ، ضرورة ظهورها في أنّ المدار على الابراء من العصمة بعدم ملك الرجعة ، فهو حينئذ كالتعليل الّذي لايخص الاُخت ولو بقرينة فتوى الأصحاب مع ذلك .

بل يمكن أن يكون في النّصوص إشارة الى ذلك أيضاً بجعل العدّة له ، ففي الموثق (٣) أنه سئل أبوعبدالله عليه السلام « عن رجل جمع أربع نسوة فطلق واحدة فهل يحل له أن يتزوّج اُخرى مكان التي طلق ؟ قال : لا يحل له أن يتزوّج اُخرى حتّى يعتدّ مثل عدّتها » بل في خبرهم الآخر (٤) أنه سئل أبوعبدالله عليه السلام « عن الرّجل يكون له أربع نسوة فتموت إحداهن هل يحل له أن يتزوّج اُخرى مكانها ؟ قال : لاحتى يأتي عليه أربعة أشهر و عشراً ، سئل فان طلق واحدة هل يحل له أن يتزوّج ؟ قال: لا حتى يأتي عليها عدّة المطلقة » وفي خبر أبي بصير (٥) عنه عليه السلام أيضاً ، قال : « سألته عن رجل له أربع نسوة فطلق واحدة يضيف اليهن اُخرى ، قال: لا حتّى تنقضي العدّة ، فقلت : من يعتد ؟ فقال : هو، قلت : وإن كان متعة ، قال : وإن كان متعة » إلى غير ذلك من النّصوص المشعرة بكون الحكم على

---

(١) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب مايحرم باستيفاء العدد والباب ـ٤٧ـ من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب ـ٤٨ـ من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق .

(٣) الوسائل الباب ـ٤٧ـ من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق .

(٤و٥) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب مايحرم باستيفاء العدد الحديث ٥-٢ .

ضرب من الكراهة والنّدب ، نعم لولم يكن للمرأة عدّة لعدم الدّخول لم يكن بأس أصلاً ، كما أومأ اليه خبر ابن طريف (١) قال : « سئل أبوعبدالله عليه السلام عن رجل كن له ثلاث نسوة ثمّ تزوّج امرأة اُخرى فلم يدخل بها ، ثمّ أراد أن يعتق أمة و يتزوّجها ، فقال : إن هو طلق الّتى لم يدخل بها فلا بأس أن يتزوّج اُخرى من يومه ذلك ، و إن هو طلق من الثلاث النسوة اللاتى دخل بهنّ واحدة لم يكن له أن يتزوّج امرأة اُخرى حتى تنقضي عدّة الّتى طلّقها » و على كلّ حال فلا ريب في الحكم المزبور، ولاينافيه إمكان رجوع البائنة رجعيّاً في بعض الأحوال، ضرورة عدم جريان هذا الحكم عليه مع فرض التزويج ، والله العالم .

المسألة « الثانية »

« إذا طلق إحدى الأربع بائناً و تزوّج اثنتين فان سبقت إحداهما كان العقد لها » بلاخلاف ولا إشكال . « و إن اتفقتا في حالة بطل العقدان » وفاقاً للمشهور ، لاستلزام صحة كلّ منهما بطلان الآخر ولا ترجيح ، و صحّة أحدهما دون الآخر غير معقولة ، والصّحة في إحدى الامرأتين على جهة الاطلاق الّذى مرجعه الى تخيير الزّوج في تعيينها غير مفادهما، ولوفرض قصد ذلك فهوغير صحيح ، للاجماع على اعتبار تعيين الزّوجة في عقد النكاح على وجه التشخيص . « و » لكن في المتن « روى أنه يتخيّر » ثمّ قال: « وفي الرّواية ضعف » قلت : بل لم نعثر عليها في خصوص الفرض، كما اعترف به في المسالك وغيرها، نعم روى عنبسة بن مصعب (٢) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل كانت له ثلاث نسوة فتزوّج عليهنّ امرأتين في عقد ، فدخل بواحدة منهما ثمّ مات، قال: إن كان دخل بالمرأة الّتى بدأ باسمها

(١) الوسائل الباب -٣- من أبواب مايحرم باستيفاء العدد الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب -٥- من أبواب مايحرم باستيفاء العدد الحديث ١ .

وذكرها عند عقدة النّكاح فان نكاحها جائز، ولها الميراث ، وعليها العدّة ، وإن كان دخل بالمرأة الّتى سمّيت و ذكرت بعد ذكر المرأة الاُولى فان نكاحها باطل» الحديث . وهو كما ترى لا تخيير فيه ، مع احتمال أن يراد به وقوع النكاح للاُولى فيما لوقال الوكيل مثلاً : « زوّجتك فاطمة وزينب » فقال : « قبلت تزويج فاطمة و زينب » فانّ النكاح يقع للاُولى حينئذ . و على كلّ حال هو خارج عما نحن فيه .

ويمكن أن يريد المصنّف صحيح جميل (١) المروى في الكافي والفقيه والتهذيب الوارد عن أبى عبدالله عليه السلام « في رجل تزوّج خمساً في عقدة ، قال: يخلي سبيل أيّتهنّ شاء ، ويمسك الأربع » لعدم الفرق بين المسألتين، إلاّ أنه لا ضعف في سنده، أللّهم إلاّ أن يريد الضعف في دلالته باعتبار احتمال إرادة التزوّج حال الكفر ، و احتمال الامساك بالعقد الجديد ، خصوصاً بعد أن عبّر بمثله فيما علم إرادة ذلك منه فيمن تزوّج اُختين على الترتيب ، كما سمعته فيما تقدّم إلاّ أنّه كما ترى خلاف الظّاهر الّذى هو الحجّة ، على أنّ الخبر غير مهجور، بل عمل به الشيخ وأتباعه ، بل وتبعهم يحيى بن سعيد في المحكي عنه والعلامة في المختلف ، و ليس متضمّناً لممتنع كي يتجه طرحه أو تأويله ، إذ يمكن كون التخيير فيه على حسب التخيير لمن أسلم على أزيد من النصاب ، و إن كان ذلك في الاستدامة و هذا في الابتداء لكنه لا يصلح فارقاً، فانّ ما لا يؤثر في الابتداء لا يؤثر استدامة ، بل ذلك غير فاقد للتعيين ، وليس هو بمنزلة « زوّجتك إحدى الامرأتين» ضرورة كون الفرض تعيين كلّ منهما .

و لعلّه إلى ذلك أومأ في المختلف ، حيث احتج له مضافاً الى الصحيح بوجود المقتضي و انتفاء المانع ، إذ ليس إلاّ انضمام العقد على الاُخرى ، و هو لا يقتضي تحريم المباح ، كما لو جمع بين محرمة عيناً ومحلّلة عيناً في عقد ، و كما لو جمع بين المحلّل والمحرّم في البيع ، ولا أثر للاطلاق والتعيين ، إذ في التعيين تحرم واحدة معينة ، فيبطل العقد عليها، وتحلّ اُخرى معينة ، وفي الاطلاق تحلّ واحدة

(١) الوسائل الباب -٤- من أبواب مايحرم باستيفاء العدد الحديث ١ .

مطلقة وتحرم اُخرى مطلقة ، وقد عقد عليهما معاً ، فيدخلان في العقد ، إذ لا وجود للكلي إلاّ في جزئياته ، فما في المسالك ـ من مناقشته بأنّ العقد على المحرمة ثابت بدون العقد وعلى المحلّلة كذلك، فلا يضر الانضمام، بخلاف غير المعينة ، لأن كلّ واحدة صالحة للصحّة منفردة ومنهي عنها مع الانضمام ، ولا أولوية ، و تعلّق العقد بغير معينة غير كاف في الصحّة ، بل لا بد من تعينها قبل العقد ، ولذا لا يجوز على إحدى المرأتين إجماعاً، وبهذا يحصل الفرق بين من يحرم نكاحها عيناً ومطلقا ـ مدفوعة بما عرفت من أنّ ذلك ليس من فاقد التعيين، بل هو كأثر العقد بعد الاسلام .

و من ذلك يظهر لك قوّة القول بالتخيير ، بل لو قلنا بأنّ القواعد تقتضي البطلان كان المتجه ذلك ، للنصّ الحاكم عليها بعد جمعه شرائط الحجيّة ، والاحتياط مع أنه غير واجب هو ليس في البطلان مطلقا ، ضرورة عدم موافقته لجواز تزويجهما من غير طلاق، وتغليب جانب الحرمة إنما يسلم وجوبه في متحقق الحرمة ، ولا يخلص إلاّ بالاجتناب ، و هو في المقام ممنوع ، ولو تزوّج الحرّ حرّة في عقد و اثنتين في عقد وثلاثاً في عقد و اشتبه السّابق صحّ نكاح الواحدة على القول بالبطلان، للقطع بصحّة نكاحها كيفما فرض، ويبقى الاشتباه في الآخرين، والوجه استعمال القرعة كما سمعته سابقاً في مسألة الاُختين، وعن التذكرة الحكم بها هنا ولعلّه أولى من المحكي عن الشافعية من الوجهين : أحدهما بطلان العقد ، والآخر الايقاف الى البيان ، فان لم يعلم كان لهنّ الفسخ ، وإن صبرن لم ينفسخ ، و عليه الانفاق عليهنّ في مدّة التوقّف ، و أما على القول بالتخيير فلا يتعيّن الواحدة للصحّة ، لاحتمال تأخّر عقدها عن الآخرين مع جواز صحّتهما باختيار إحدى الاثنتين أو اثنتين من الثلاث .

﴿ القسم الثاني ﴾

من قسمي استيفاء العدد ﴿ إذا استكملت الحرّة ثلاث طلقات ﴾ لم ينكحها بينها زوج آخر ﴿ حرمت على المطلّق حتّى تنكح ﴾ دواماً ﴿ زوجاً غيره ﴾ وتذوق عسيلته ويذوق عسيلتها بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى الكتاب (١) والسنّة (٢) قال الله تعالى : « الطّلاق مرّتان فامساك بمعروف أوتسريح باحسان ـ ثمّ قال : ـ فان طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتّى تنكح زوجاً غيره ، فان طلّقها فلاجناح عليهما أن يتراجعا » الآية فانها صريحة في حرمة المطلقة على زوجها بالطّلاق ، و أنّ حلّها موقوف على أن تنكح زوجاً غيره ، وأما أنّ الطلاق المحرّم هوالثالث فمستفاد منها بمعونة تعقيبها لقوله تعالى : « الطلاق مرّتان » فانّه يقتضي كون المعنى إن طلقها بعد المرّتين أى التطليقتين الأولتين ، والطّلاق الواقع بعدهما ليس إلاّ الثالث ، إذغيره لا يطلق عليه أنه بعدالمرّتين عرفاً ، بل بعد الثلاث فمازاد ، و لأنّ التحريم بالثالث يقتضي انتفاءه في غيره ، إلاّ إذا انتهى الدّور ، فيحرم لكونه ثالثاً أيضاً ، فلا يكون التحريم إلاّ به .

ثمّ إنّ الظاهر إرادة الرّجعي من الطّلاق في قوله تعالى: « الطّلاق مرّتان » بمعنى إنّ الطلاق الرجعي الّذى يجوز للزّوج الرجوع فيه مرّتان ، أي تطليقتان ، فالثالث بائن لا رجعيّ ، و معنى قوله تعالى « فإمساك بمعروف أوتسريح باحسان » إنّ الزّوج بعدالتطليقتين الأولتين مخيّر بين إمساك المرأة بالرّجوع وحسن المعاشرة على الوجه المعروف شرعاً وعرفاً وتسريحها بالاحسان ، بأن يطلقها التطليقة الثالثة

---

(١) سورة البقرة : ٢ـ الاية ٢٢٩و٢٣٠ .

(٢) الوسائل الباب ـ٣و٤ـ من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

ولا يراجعها حتّى تنقضي عدّتها و تبين عنه بانقضاء العدّة ، فانه يجوز له كلّ من الأمرين ، لكون الطّلاق في المرّتين رجعياً ، ومقتضاه جواز الرّجوع في العدّة ، و يكون قوله تعالى : « فامساك » بياناً للازم الحكم الأوّل ، و هو كون الطّلاق رجعيّاً .

وقيل: إنّ المعنى في الآية : الطلاق الشرعى مرّتان ، أي تطليقة بعد تطليقة ، على أن تكون التثنية لمطلق التكرير، كما في قوله تعالى (١) : «ثمّ ارجع البصر كرّتين» أى كرة بعد اُخرى ، والفرض نفي شرعية الجمع والارسال كما ذهب إليه أكثر العامة ، و وجوب التفريق بين الطّلاقين كما ذهب اليه أصحابنا ، و على هذا يكون قوله تعالى : « فامساك » تخييراً للأزواج بعد تعليمهم كيفية الطّلاق الشرعى بين الامساك بحسن المعاشرة والقيام بحقوق الزوجيّة والتسريح بالاحسان، أي التسريح الجميل الّذى علّمهم ، وهو الطّلاق الّذي لا إرسال فيه ، أو يكون المعنى على قياس ما سبق في الأوّل أنّه بعد وقوع الطّلاق المشتمل على التفريق مايوجب أحد الأمرين من إمساك الزّوجة بالرّجوع و تسريحها بالطّلاق الثالث ، أو ترك الرّجوع حتّى تنقضي العدّة ، وذلك لأن تفريق الطّلاق يستلزم تعدّده، وأقل ما يصدق معه التعدّد المرّتان ، فيكون الطّلاق الواقع بعده ثالثاً ، وحينئذ يكون قوله تعالى : «فامساك» الخ بياناً لحكم الزّوجة بعد تطليقها من غير ترتّب على سابقه كما في الأوّل .

و كيف كان فالطّلاق المشار اليه بقوله تعالى : « فان طلّقها » هو الثالث ، أما على الأوّل فظاهر، و أما على الثاني فلأنّ المعنى إن طلقها بعد التكرير، أى التطليقة الواقعة بعد اُخرى ، ولاريب في صدق المعنى المذكور في الطّلاق الثالث ، فان أقل ما يتحقق معه التكرير مرّتان ، والواقع بعدهما هو الثالث .

لكن لا يخفى أنّ الأصح ما قلناه أوّلاً من أنّ المراد الطّلاق الرّجعي وأن الثالث هو التسريح باحسان، أما الأوّل فلوضوح كون المرّتين حقيقة في معنى التثنية ، و استعماله في مطلق التكرير مجاز قليل الاستعمال ، ودعوى تبادر الشرعى في أمثال

(١) سورة الملك : ٦٧- الاية ٤ .

ذلك ممنوعة هنا، فان قوله تعالى: «فإن طلّقها» قرينة على أنّ المراد مما قبله الرّجعي الّذى تحل معه الزّوجة، و كذا قوله تعالى: «فان طلّقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا» كما هو واضح، مضافاً إلى المروى عن النّبي صلّى الله عليه وآله (١) «إنّه قيل له: الطّلاق مرّتان فأين الثالثة؟ قال: فامساك بمعروف أوتسريح باحسان» وإلى ماروى في سبب نزولها (٢) «أنّ امرأة أتت عائشة فشكت من زوجها يطلقها و يسترجعها يضارها، و كان الرّجل في الجاهلية إذا طلق امرأته له أن يراجعها ولو ألف مرّة، فذكرت ذلك لرسول الله صلّى الله عليه وآله، فنزلت الطّلاق مرّتان» فجعل حدالطلاق ثلاثاً.

و أمّا الثاني فللنّبوى الّذى سمعته، و لخبر أبي بصير المروى عن تفسير العياشي (٣) عن أبي‌عبدالله عليه السلام، قال: «المرأة الّتي لا تحلّ لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره الّتي تطلق ثمّ تراجع ثمّ تطلق ثمّ تراجع ثمّ تطلق الثالثة، فلا تحلّ حتّى - إلى آخرها - إنّ الله يقول: الطّلاق مرّتان - الى آخرها - والتسريح هوالتطليقة الثالثة» وعنه (٤) عن أبي‌جعفر عليه السلام «إنّ الله تعالى يقول: الطّلاق - الى آخرها - والتسريح باحسان هي‌التطليقة الثالثة» وعن سماعة‌بن مهران (٥) «سألته عن‌المرأة التى لا تحل حتى تنكح زوجاً غيره و تذوق عسيلته و يذوق عسيلتها، وهو قول‌الله عزّوجلّ: الطّلاق - الى آخرها - قال: التسريح باحسان التطليقة الثالثة» ولاينافي ذلك ماروى (٦) «من أنّ قوله تعالى: فان طلقها فلاتحلّ له هي‌التطليقة الثالثة» لأن قوله تعالى: «فان طلقها» على هذا التقدير بيان لحكم التسريح في قوله تعالى: «أوتسريح باحسان» فيكون الطّلاق الثالث مراداً منه أيضاً، وإنّما سمّي تسريحاً لأنّ‌المرأة تطلق به من قيد الزّواج، إذهو مأخوذ من‌السرح، وهوالاطلاق، يقال: سرح الماشية في‌المرعى سرحاً: إذا أطلقها ترعى، و سرحت

(١و٢) سنن‌البيهقي ج ٧ ص ٣٤٠-٣٣٣.

(٣و٤و٥و٦) الوسائل الباب -٤- من أبواب أقسام‌الطلاق الحديث ١٠-١٢-١٣-١١ من كتاب‌الطلاق.

الماشية : انطلقت في المرعى ، و منه المسرح للمسط ، لانطلاق الشعر به ، و إنما كان باحسان لأنه لا يرجى معه الرجوع المضارّ للزّوجة ، لبينونتها به، وعلى كلّ حال فدلالة الآية ظاهرة على المطلوب الّذى هو نفي الحلّ له بجميع وجوهه ، من غير فرق بين الدّوام والمتعة .

وأمّا النصوص (١) فهي متواترة فيه أيضاً وفي أنّها لا تحلّ له حتّى ينكحها دواماً زوج آخر غيره ، ولا تكفي المتعة منها، لخبر الصّيقل (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « قلت : رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فتزوّجها رجل متعة أتحلّ للأوّل؟ قال: لا، لأنّ الله تعالى يقول: فان طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتّى تنكح زوجاً غيره فان طلّقها ، والمتعة ليس فيها طلاق » وقد يشعر هذا الخبر بالحكم في المسألة الأصولية ، وهو تخصيص العام أو تقييد المطلق بذكر الحكم الخاص لبعض أفرادهما في مساقهما ، بل لعلّ من ذلك مسألة الضمير أيضاً ، هذا و يأتى إن شاءالله باقى أحكام المسألة في كتاب الطّلاق .

نعم الحكم المذكور ثابت للحرّة ﴿ سواء كانت تحت حرّ أو عبد ﴾ عندنا ، لأنّ نصوصنا قد تواترت في أنّ العبرة بعدد الطلقات النساء لا الرّجل . ﴿ و﴾ حينئذ فـ﴿ اذا استكملت الأمة طلقتين ﴾ لم يتخلل بينهما نكاح رجل آخر ﴿ حرمت عليه ﴾ أي المطلق ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت حرّ ﴾ بلا خلاف أجده بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، والنّصوص (٣) متواترة فيه أيضاً كما تسمعها إن شاءالله ، خلافاً للمحكي عن العامّة ، فجعلوا العبرة بالزوج ، فان كان عبداً حرمت عليه بالطلقتين وإن كانت حرّة ، وإن كان حراً اعتبر الثلاث وإن كانت زوجته أمة ، والمراد حرمة وطئها عليه ولو بملك اليمين كما صرحت به النّصوص (٤) أيضاً .

---

(١) الوسائل الباب -٣و٤و٩- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .
(٢) الوسائل الباب -٩- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٤ من كتاب الطلاق .
(٣) الوسائل الباب -٢٤- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .
(٤) الوسائل الباب -٢٦- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

ولا فرق في الطلقات المحرّمة على هذاالوجه بين كونها للعدّة و غيرها، خلافا لابن بكير و أصحابه فاعتبروا كونها للعدّة ، وإلاّ حلّت لزوجها من دون محلل ولو ألف مرّة كما تسمعه إن شاءالله فيما يأتي ، و تسمع أيضاً أنّ النكاح المتخلل بين الطلقات يهدم ماتقدمه من الطلاق ، فاذا رجعت لزوجها مثلاً بعده تكون عنده على الثلاث كحالها السّابق أوّلاً ، والله العالم .

﴿و إذا استكملت المطلقة تسعاً للعدّة ينكحها بينها رجلان حرمت على المطلق أبداً﴾ إجماعاً بقسميه ، والمراد بالطّلاق للعدّة أن يطلقها بالشرائط ثمّ يراجع في العدّة ويطأ، ثمّ يطلق في طهر آخر ثمّ يراجع في العدّة ويطأ، ثمّ يطلق الثالثة فينكحها بعد عدّتها زوج آخر ، ثمّ يفارقها بعد أن يطأها ، فيتزوّجها الأوّل بعدالعدّة ، و يفعل كما فعل أوّلاً إلى أن يكمل لها تسعاً كذلك يتخلل بينهما نكاح رجلين ، فتحرم في التاسعة مؤبداً لكن لايخفى عليك أن إطلاق التسع للعدّة حينئذ مجاز ، لأن الثالثة من كلّ ثلاثة ليست للعدّة ، بل للسنّة ، و وجه التجوّز إما باطلاق اسم الأكثر على الأقل أوباعتبار المجاورة ، و تظهر فائدة الاعتبارين فيما لوطلق الأوّل للعدّة والثانية للسّنة ، فانّ المعنيين ينتفيان عن الثالثة ، ويصدق على الثانية اسم العدية بالاعتبار الثاني دون الأوّل، وفيما لوكانت الثانية للعدّة والأولى للسنة ، فعلى الأوّل يختص بها الاسم ، و على الثاني يصدق الاسم على الطرفين لمجاورتها .

و في المسالك بعد أن ذكر ما عرفت قال : « و مع ذلك ففي اعتبار التحريم بمثل هذا إشكال ، من وجود العلاقة فيهما كما اعتبرت في الثالثة إجماعاً ، ومن أن تعليق الحكم على المعنى المجازي على خلاف الأصل لايصار اليه في موضع الاشتباه، وهذا هوالأقوى ، فيجب الاقتصار في التحريم المؤبد على موضع اليقين ، وهو وقوع التسع على الوجه الأوّل، أوإكمال التسع للعدّة حقيقة مع التفرّق، ولا تغتفر الثالثة كما اغتفرت في الأولى لكونها على خلاف الأصل مماذكرناه، فيقتصر بها على موردها وهووقوعها بعد عدّتين، وعلى هذا إن وقع في كلّ ثلاث واحدة عديّة احتسبت خاصّة،

وإن وقع في بعض الأدوار عدّتين احتمل إلحاق الثالثة بهما كما في مورد النصّ، لوجود العلاقة بالمعنيين، وعدمه لخروج مجموع الواقع من مورده، وللتوقّف في الحكم بالتحريم مطلقا فيما خرج عن موضع النصّ والاجماع مجال - ثمّ قال - هذا كلّه في الحرّة، وأما الأمة فيحتمل تحريمها بالستّ لتنزيلها منزلة التسع للحرّة، ولأنّ نكاح الرّجلين يتحقق فيهما كتسع الحرّة، وبالتسع كالحرّة، لأنها إذا طلقت تسعاً ينكحها بعد كلّ طلقتين رجل صدق أنه نكحها بين التسع رجلان، فيجتمع الشرطان المعتبران في التحريم المؤبد، وهما التسع ونكاح الرّجلين، بخلاف الستّ، لتخلّف الأوّل، ويحتمل عدم تحريمها مؤبداً مطلقاً، لأنّ ظاهر النصّ كون مورده الحرّة، فيتمسّك في الأمة بأصالة بقاء الحلّ، ولأنّ شرط التحريم المؤبد وقوع التّسع للعدّة ينكحها بينها رجلان، وذلك منتف في الأمة على كلّ حال، لتوقّف التّسع فيها على نكاح أزيد من رجلين، وهو مغاير لظاهر اعتبار الرّجلين خاصّة، وبالجملة فالحكم بالتحريم المؤبّد بمثل هذه المناسبات مشكل، ووروده في كيفيّة مخصوصة لا يوجب تعديته إلى غيرها، لجواز أن يكون للهيئة الاجتماعية، من كون طلقتين متواليتين للعدّة وثالثة بعدهما محرّمة وهكذا ثلاث مرّات يوجب حكماً لا يحصل بدونها، ومع ذلك ففيها إشكال آخر، وهو أنّ الحكم بالتحريم مع تمام العدد يوجب تعلقه بغير ثالثة وثانية في الأمة لأنه يتمّ في الحرّة بالخامسة والعشرين إن كانت العدية هي أوّل الدور، والسابعة عشر في الأمة، وذلك غير معهود في حكم التحريم المرتب على الطلاق».

قلت مضافاً إلى أنّ المفهوم من النّصوص (١) الّتي عثرنا عليها اعتبار توالي التسع للعدّة في التحريم المؤبد وهو لا يكون إلاّ في الصّورة الاُولى، فيبقى غيرها على إطلاق مادل على الحلّ بالمحلّل في كلّ ثلاث، ومن ذلك يعلم أنه لاوجه للحكم بالتحريم المؤبّد في صور الشك تمسكاً باطلاق مادل (٢) عليه بالتسع خرج ماخرج

(١) الوسائل الباب -٤- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب -٤- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٨و٩ من كتاب الطلاق .

مما لم يكن للعدة ويبقى غيره ، ضرورة أنك قدعرفت ظهور النصوص في اعتبار توالي التسع المحرمة ، إذهي ليست إلا الموثق (١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « الملاعنة إذا لاعنها زوجها لم تحل له أبداً ، والذى يتزوج امرأة في عدتها و هو يعلم لا تحل له أبداً ، والذى يطلق الطلاق الذى لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرات وتتزوج ثلاث مرات لا تحل له أبداً » وخبر أبي بصير (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام أيضاً قال: « و سألته عن الذى يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق ، قال : لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فيتزوجها رجل آخر فيطلقها على السنة، ثم ترجع الى زوجها الأول فيطلقها ثلاث تطليقات فتنكح زوجاً غيره فيطلقها، ثم ترجع الى زوجها الأول فيطلقها ثلاث مرات على السنة ، ثم تنكح ، فتلك التى لا تحل له أبداً » و صحيح ابراهيم بن عبدالحميد (٣) عن أبي عبدالله و أبي الحسن عليهما السلام « إذا طلق الرجل المرأة فتزوجت ، ثم طلقها زوجها فتزوجها الأول ، ثم طلقها فتزوجت رجلا ، ثم طلقها فتزوجت الأول ، ثم طلقها هكذا ثلاثاً لم تحل له أبداً » .

وهى كما ترى ظاهرة أوصريحة في اعتبار التوالي ، نعم لا ظهور فيها باعتبار كونها للعدة في التحريم المؤبد ، بل الصحيح الأخير منها صريح في عدم ذلك ، كما أن الثاني منها صريح أيضاً في أن الثلاثة الأخيرة للسنة ، ومطلق في الثلاثة الثانية، بل ظاهر الأول منها أن موضوع المحرمة حتى تنكح و موضوع المحرمة أبداً واحد إلا أن الأولى الثلاث والثانية التسع ، فالمتجه حينئذ إما تخصيصهما معاً

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب -٣١- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ١ ووسطه في الباب -١٧- منها الحديث ١ وذيله في الباب ٤ من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٤ من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب -٤- من أقسام الطلاق الحديث ٢ .

(٣) أشار اليه في الوسائل في الباب - ١١ - من أبواب مايحرم باستيفاء العدد الحديث ٢ وذكره في الكافي ج ٥ ص ٤٢٨ .

بالعدّية كما هو صريح ابن بكير وأصحابه أو الاكتفاء فيهما جميعاً بالسّني، فالاكتفاء حينئذ في الاُولى بالسّني و تخصيص الثانية بالعدّي مناف لظاهره، بل وظاهر غيره، بل والاعتبار، ضرورة أنّ التحريم عليه بالثالث حتّى تنكح نوع من العقاب وضرب من التأديب، فان لم يحصل بذلك حتّى فعله ثلاث مرّات كان أدبه الحرمة أبداً بالتسع كما أومأ اليه الرّضا عليه السلام في خبر ابن سنان (١) المروي في الفقيه في علّة تثليث الطّلاق وعلّة تحريم المرأة بعد التسع.

لكن ربما دفع ذلك كلّه بشذوذ الصّحيح الأخير، و بارادة المقابل للبدعة من السّنة في الثلاثة الأخيرة من الثاني، والمقيد من الثلاثة الثانية فيه على معنى التطليقات المذكورة أوّلاً، و بأنّ الأوّل و إن كان مطلقا إلاّ أنّه مقيد بمفهوم القيد المعتبر في المروي (٢) عن الخصال في تعداد المحرّمات بالسّنة قال: «وتزويج الرّجل المرأة قد طلقها للعدّة تسع تطليقات» و بمفهوم الشّرط في الرضوي (٣) حيث قال: «و أمّا طلاق العدّة فهو أن يطلق الرّجل امرأته على طهر من غير جماع، ثمّ يراجعها من يوم واحد أدنى ما يريد من قبل أن تستوفي قرءها، وأدنى المراجعة أن يقبّلها أو ينكر الطّلاق، فيكون إنكار الطّلاق مراجعة، فاذا أراد أن يطلّقها ثانية لم يجز ذلك إلاّ بعد الدّخول بها، و إذا أراد طلاقها تربّص بها حتّى تحيض و تطهر ثمّ يطلّقها، فاذا أراد راجعها ..... و إن طلقها الثالثة فقد بانت منه ساعة طلّقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فاذا انقضى عدّتها منه تزوّجها رجل آخر و طلّقها أو مات عنها، فاذا أراد أن يتزوّجها فعل - الى أن قال - : فان طلّقها ثلاث تطليقات على ما وصفته واحدة بعد واحدة فقد بانت منه،

---

(١) الوسائل الباب -٤- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٨ من كتاب الطلاق.

(٢) الوسائل الباب -١- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ١.

(٣) ذكر صدره في المستدرك الباب -٢- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٣ وذيله في الباب - ٤ - منها الحديث ٦ و تمامه في البحار ج ١٠٤ ص ١٤٢ و ١٤٣ مع اختلاف في اللفظ فيهما.

ولا تحل له بعد تسع تطليقات أبداً، واعلم أن كلّ من طلق تسع تطليقات على ما وصفت له لم تحلّ له أبداً ، إذهو ظاهر في اعتبار ذلك ، خصوصاً بعد ذكر طلاق السّنة فيه مع عدم الاشارة الى التحريم به إذا كان تسعاً .

بل قد يدل على ذلك أيضاً خصوص المعتبرين (١) بوجود ابن أبى عمير و عبدالله بن المغيرة اللّذين هما مما أجمع العصابة على تصحيح ما يصح عنهما في سنديهما ، فلا يضرّ ضعف الرّاوى لوكان في وجه ، ففى أحدهما « عن رجل طلق امرأته ثمّ لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض ، ثمّ تزوّجها ثمّ طلقها فتركها حتّى حاضت ثلاث حيض ، ثمّ تزوّجها ثمّ طلقها فتركها حتّى حاضت ثلاث حيض ، من غير أن يراجعها يعنى يمسّها ، قال : له أن يتزوّجها أبداً ما لم يراجع ويمسّ » فان لفظ التأبيد صريح في العموم، كما لوطلقت كذلك ولو تجاوزت التسع ، و أنّها لا تحرم بذلك إلى حصول الأمرين من الرجوع والوقاع ، وليس نصاً في مختار ابن بكير ، لقبوله التقييد بحصول المحلّل بعد كلّ ثلاث، فيكون مقتضاه حينئذ حل التزويج له أبداً بعد حصول المحلّل لا مطلقا .

قيل : و أصرح منهما الموثق (٢) عن الصادق عليه السلام « فان فعل هذا - مشيراً الى المطلقة بالسّنة - مأة مرّة هدم ما قبله ، وحلت بلازوج ، وإن راجعها قبل أن تملك نفسها ثمّ طلّقها ثلاث مرّات يراجعها و يطلقها لم تحل له إلاّ بزوج » بالتقريب السّابق ، و خروج الذّيل عن الحجيّة بالاجماع والمعتبرة غير ملازم لخروج الجميع عنها ، فقد يكون من الحاق ابن بكير الّذى في سنده ، و كلامه

(١) ذكر أحدهما و أشار الى الثانى فى الوسائل فى الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٣ وذكرهما فى الكافى ج ٦ ص ٧٧ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٦ من كتاب الطلاق عن أبى جعفر عليه السلام .

اجتهاد منه ، ويؤيده تصريح ابن بكير على ما حكي عنه في عدّة من الأخبار (١) بعدم سماعه عدم اعتبار المحلّل من أحد الأئمة صلوات الله و سلامه عليهم ، و أنه من الرأي الّذي رآه ورزقه الله إياه .

هذا ولكن الجميع كما ترى إذ خبر المعلل مع أنّه من المفهوم الضعيف يمكن إرادة الطّلاق في طهر لم يواقعها فيه الّذي هو ابتداء العدّة على نحو قوله تعالى (٢) : « فطلّقوهنّ لعدّتهنّ و احصوا العدّة » وحينئذ فيندرج فيه الطلاق السّنّي المقابل للبدعي الّذي هو الطلاق في طهر المواقعة ، و ربما يؤيّد ذلك أنّ التسع للعدّة لا يكون حقيقة إلاّ بهذا المعنى، ضرورة عدم كون التسع للعدّة فيما فرضوه، لما عرفت من خروج كلّ ثالث منه، فليس هو إلاّ مجازاً (٣) لا قرينة عليه، وما في النصّ (٤) والفتوى من تفسير الطلاق العدى بالمراجع فيه في العدّة مواقعاً فيها في مقابل السّنى لا يقتضي أنّ التسع للعدّة كذلك ، بل لعلّه يقضى بخلافه، بل لعلّ ذكرهم التسع مع نصّهم على الحرمة بالمفروض قرينة على عدم ذلك ، وإلاّ كان مقتضاه تحريمها بالرابعة عشر، فانّها هي الّتي تكمل بها التسع للعدّة حقيقة .

و أما الرضوى فهو ـ مع أنّه لم يثبت نسبته الى الرضا عليه السلام عندنا ـ يجرى فيه نحو ذلك .

وأما الأخبار الثلاث فلا يخفى تجشم ما سمعته فيها ، بل يمكن القطع بعدم إرادة ذلك منها و إن كان هو مقتضى صناعة الاُصول، إذ ليس كلّ ما تقتضيه الصّناعة حجّة يعمل عليه مع القطع أو الظنّ المعتدّ به بعدم إرادته ، بل فتح الباب المزبور في الخبر الثالث يسقط الأخبار عن الحجيّة ، ضرورة قيام احتمال تصرف الراوي

(١) الوسائل الباب -٣- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١١و١٢ والكافي ج ٦ ص ٧٧و٧٨ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧١ الرقم ٩٦٣و٩٦٤ .

(٢) سورة الطلاق : ٦٥ ـ الاية ١ .

(٣) في النسختين الاصليتين المبيضة والمسودة «الا مجاز» والصحيح ما أثبتناه .

(٤) الوسائل الباب -٢- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق .

في جميعها ، فليس هي إلاّ أخبار موافقة لابن بكير و أصحابه ، فالمتجه إما طرحها لمعارضتها بالأقوى منها ، أوالعمل بها كما تعرفه في محلّه إن شاءالله .

و من ذلك كلّه توقّف بعض متأخّري الأصحاب فيالحكم المزبور ، و هو فيمحلّه ، نعم إن تمّ الاجماع المدّعى على عدم اعتبارالطّلاق العدى فيالحرمة حتّى تنكح في مقابل ابن بكير، و تمّ الاجماع المدّعى أيضاً على اعتبار العدى فيالحرمة أبداً ، و تمّ الاجماع المدّعى أيضاً على تحقّق التسع للعدّة بالمعنى المجازى ثبت ما ذكروه ، وإلاّ كان للنظر فيه مجال .

وعليه فالمتجه حينئذ الاقتصار عليه وقوفاً على ما خالف الأصل علىالمتيقن منالنصّ والفتوى ، فلا تكفي المتفرقة ، ولا يجرى الحكم فيالأمة لماعرفت من عدم إطلاق يرجع اليه حينئذ في صورالشك بعد فهم التوالى منالنّصوص المزبورة ، والله العالم وربما يأتي زيادة تحقيق للمسألة في باب الطّلاق إن شاءالله .

«السبب الخامس»

﴿ اللعان ، وهو سبب لتحريم الملاعنة تحريماً مؤبداً ﴾ نصاً (١) و إجماعاً ، ولكن شروطه (٢) الآتية في محلّه كأن يرميها بالزّنا و يدّعي المشاهدة ولابيّنة ، أويمنفي ولدها الجامع لشرائط الالحاق به و تنكر ذلك ، فتلزمهما حينئذ الملاعنة ، ويأمرهما الحاكم بها، فاذا تلاعنا سقط عنه حدالقذف وعنها حدّالزنا ، وانتفىالولد عنه ، و حرمت عليه مؤبداً ، بلا إشكال في شيء من ذلك ولا خلاف ، ولو لم يدّع المشاهدة أوأقام بيّنة فلا لعان إجماعاً، لاشتراطه بعدم الشّهداء بنصّ الآية (٣) .

---

(١) الوسائل الباب -١- من كتاباللعان .

(٢) هكذا فيالنسخة الاصلية المبيضة ، الا أن الموجود فيالمسودة التى هى بخط المصنف (قده) «بشروطه» وهوالصحيح .

(٣) سورةالنور : ٢٤- الاية ٦ .

﴿و كذا﴾ في كونه سبباً للحرمة أبداً ﴿قذف الزوجة الصمّاء أو الخرساء بما يوجب اللّعان لولم تكن كذلك﴾ وإن لم يكن لعان بينهما ، لانتفاء شرطه بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى صحيح أبي بصير أو موثقه (١) قال: « سئل أبوعبدالله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزّنا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال ، فقال: إن كان لها بيّنة تشهد لها عندالامام جلّده الحدّ وفرّق بينهما، ثم لاتحلّ له أبداً ، و إن لم تكن لها بيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها » و حسن الحلبي ومحمد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام « في رجل قذف امرأته وهي خرساء ، قال: يفرّق بينهما » وخبر محمد بن مروان (٣) عنه عليه السلام « في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها؟ قال : يفرّق بينهما ولا تحلّ له أبداً » وظاهر الأخيرين الاكتفاء بالخرس وحده ، بل هو ظاهر الأوّل أيضاً بناء على رواية الشيخ له هنا بأو ، لكن رواه في باب اللّعان بدونها كالكليني الّذي هو أضبط من الشيخ قطعاً ، لكن مع كون ذلك في كلام السّائل والاقتصار على الخرس في الرّوايتين والتعبير بأو في كلام الأكثر بل هو في معقد إجماعي الغنية و محكي السّرائر يتجه الاكتفاء بأحدهما ، نعم في محكي التحرير الاشكال في الصماء ، وفي المسالك هو مبنى على اعتبار الأمرين .

و فيه أنه لو كان كذلك لم يخصّ الصماء بالاشكال ، ضرورة كونهما حينئذ من وادٍ واحدٍ ، بل هو مبني على مفروغيّة سببيّة الخرس وحده للرّوايتين ، و إحدى النسختين و معقد الاجماعين ، أمّا الصّمم فقد يتوقّف فيه من حيث إنّه ليس إلاّ في سؤال خبر أبي بصير المحتمل كونه مذكوراً فيه لبيان الواقع، لا لأن له مدخلية في الحكم، كما أنّه ليس في الجواب إلاّ الحكم المزبور الّذي لا إشكال في ثبوته على فرض تمامية الخرس في التسبيب ، إذ الصّمم إن لم يكن مؤكداً لم يكن مانعاً ، فالعمومات حينئذ تقتضي عدم التحريم معه ، و من الاجماعين المزبورين و إحدى النسختين و ظهور السؤال في مدخليته في الحكم سيّما مع قول السّائل : « لا تسمع ما قال » مع تقرير الامام له ، فاذا ثبت أنّ الخرس وحده سبب في الحكم استلزم ذلك

(١و٢و٣) الوسائل الباب -٨- من كتاب اللعان الحديث ٢-١-٣ .

ثبوت الصّمم وحده أيضاً بعد فرض ظهور الخبر في مدخليّته في الحكم ، إذ احتمال الاطلاق في سببيّة الخرس وتقييد سببيّة الصّمم به لا يرجع إلى محصّل .

نعم ربما يقوى في النّفس أن الاختلاف المزبور في النّصوص للتلازم بين الخرس الخلقي والصّمم، ومنه ينقدح تخصيص موضوع هذا الحكم المخالف للاُصول بذلك ، أما الخرس العارضي بقطع لسان ونحوه وكذلك الصمم فلا يثبت له هذا الحكم ، وهو جيّد جدّاً إن لم يكن إجماع على خلافه .

و على كلّ حال فقد سمعت في المتن وغيره اعتبار مايوجب اللعان في القذف المسبّب لذلك ، و قد يشكل ذلك بخلو الصحيح والحسن بل و معقد إجماع الغنية عن ذلك ، و من هنا قال بعضهم : « لولا الإجماع على القيد المزبور لأمكن جعل السّبب مطلقا قذف الزوج الصّماء و الخرساء » لكن قد يقال مضافاً إلى ذلك : إن الخبر الثالث ـ و إن لم يكن مقيداً لهما باعتبار عدم منافاته لهما ـ مشعر بأن التّفرقة المربورة هي اللعان بينهما ، بل لعل السؤال في الخبرين الأوّلين مبني على ذلك ، بمعنى أن الخرساء و الصّماء التي لا لعان معها باعتبار خرسها و صممها إذا قذفها زوجها كيف الحكم في هذا القذف ؟ فأجاب عليه السلام بماعرفت ، أي أنّ حكم اللّعان يجري وإن لم يكن فيكون هذا هو اللّعان بينهما ، وهذا هو المناسب لقاعدة الاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصل و العمومات ، ومن هنا قيد المصنف و غيره القذف بمايوجبه ، بل هو ظاهر غيره أيضاً مما ذكره متّصلاً بحكم الملاعنة .

ومن ذلك يعلم أن الحكم ثابت على سببي اللّعان ، وهو القذف وإنكار الولد، وهذا معنى قوله : « كيف يلاعنها ؟ » أي إذا حصل سبب اللّعان في غيرها معها كيف يلاعنها ؟ فما وقع من بعضهم من التصريح باختصاص الحكم في القذف بالزنا دون نفي الولد في غير محله ، كاحتمال جريان اللّعان منها بالاشارة فيه بخلاف الأوّل ، لما ستعرف من اشتراط اللّعان في كلّ من سببيه بعدم الخرس و الصّمم ، كما هو واضح .

بل من ذلك يعلم أيضاً سقوط ماعن الصدوق من ثبوت الحكم لو قذفت الزوجة

الزّوج الأخرس أو الأصمّ وإن شهد له المرسل (١) الفاقد لشرائط الحجيّة وإن كان المرسل ممن اجتمعت العصابة على تصحيح مايصحّ عنه على ما رواه الكشي(٢) « في امرأة قذفت زوجها الأصم، قال : يفرّق بينهما ولا يحلّ له أبداً » لكن قد عرفت أن هذا الحكم من أحكام اللّعان بين الزّوجة و زوجها ، و هو إنما في قذف الزّوج للزوجة لا العكس ، نعم لو قلنا : إنه حكم للقذف من حيث كونه قذفاً - ترتب عليه لعان لولا الآفة أو لم يترتب - أمكن حينئذ تعميم الحكم ولو لقاعدة الاشتراك في وجه ، ويخرج المرسل حينئذ شاهداً، لكن قد عرفت أن الحكم مترتب عليه من حيث كونه سبب لعان ، فلا يتّجه ذلك ، و لذا لو قذفها على وجه لايكون لعان به لعدم دعوى المشاهدة أو لحصول البينة أو لغير ذلك لم يترتب عليه الحكم المزبور ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ السبب السادس ﴾

﴿ الكفر، والنظر فيه يستدعى بيان مقاصد : ﴾

﴿ الاول ﴾

﴿ لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية اجماعاً ﴾ من المسلمين فضلاً عن المؤمنين ، و كتاباً (٣) وسنّة (٤) و ما عساه يظهر من محكى الخلاف عن بعض أصحاب الحديث من أصحابنا من القول بالجواز مع أنا لم نتحققه ولانقله غيره مسبوق بالاجماع ﴿و﴾ ملحوق به، نعم ﴿في تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان(٥)

---

(١) الوسائل الباب -٨- من كتاب اللعان الحديث ٣ .

(٢) رجال الكشي ص ٤٦٦ ط النجف .

(٣) سورة البقرة : ٢- الاية ٢٢١ .

(٤) الوسائل الباب -١- من أبواب مايحرم بالكفر .

(٥) الوسائل الباب -٢و١- من أبواب مايحرم بالكفر .

أشهرهما﴾ عملاً بين المتأخرين﴿المنع في النكاح الدائم، والجواز في المؤجل وملك اليمين﴾ جمعاً بين الدليلين ، لكن لا ريب في دلالة قوله تعالى (١) « ولا تنكحوا المشركات » الآية على منع النكاح مطلقاً ، لأنّ تعليق النهي على الغاية الّتي هي الايمان يدل على اشتراطه في النكاح ، بل تعقيب النهي بقوله تعالى: « اولئك يدعون إلى النار ، والله يدعو إلى الجنّة » يقتضي كونه علة للمنع ، فان الزوجين ربما أخذ أحدهما من دين صاحبه ، فيدعو ذلك إلى دخول النار ، وهذا المعنى مطرد في جميع أقسام الكفر ، ولا اختصاص له بالشرك ، على أنّه قيل : إن اليهود والنصارى منهم أيضاً ، لقول النصارى بالأقانيم الثلاثة ، و قدقال الله تعالى: (٢) « وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله » وقال أيضاً (٣) : « اتّخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله والمسيح - إلى أن قال: - سبحانه وتعالى عما يشركون » والاشراك كما يتحقق باثبات إله آخر مع الله سبحانه كذا يتحقق باثبات إله غيره، فتكون الآية حينئذ دالة على المطلوب .

بل لعل قوله تعالى(٤): « ومن لم يستطع منكم طولاً » الآية دال على المطلوب أيضاً، فانّه إنما جوز نكاح الأمة إن لم يقدر على الحرّة المؤمنة ، فلو جاز نكاح الكافرة لزم جواز نكاح الأمة مع الحرّة الكافرة ، و لم يقل به أحد ، و لأن التوصيف بالمؤمنات في قوله تعالى(٥) : « من فتياتكم المؤمنات » يقتضي أن لايجوز نكاح الكافرة من الفتيات مع انتفاء الطول ، وليس إلاّ لامتناع نكاحها مطلقاً ، للاجماع على انتفاء الخصوصيّة بهذا الوجه ، و لأن المنع عنها مع انتفاء الطول يقتضي المنع معه بطريق أولى ، و في المحكي عن نوادر الراوندي باسناده (٦) عن موسى بن جعفر عن آبائه عن علي عليه السلام « لا يجوز للمسلم التزويج بالأمة اليهودية

(١) سورة البقرة : ٢ - الاية ٢٢١ .

(٢و٣) سورة التوبة : ٩ - الاية ٣٠-٣١ .

(٤و٥) سورة النساء : ٤- الاية ٢٥ .

(٦) البحار ج ١٠٣ ص ٣٨٠ ط الحديث .

ولا النصرانية ، لأن الله تعالى يقول : من فتياتكم المؤمنات» .

بل قوله تعالى : (١) «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» دال على المطلوب أيضاً فانّ العصم جمع عصمة ، و هي مايعتصم به من عقد أو ملك ، لأنّ المرأة بالنكاح تعصم من غيرزوجها ، والكوافر جمع كافرة ، فالمراد نهي المؤمنين عن المقام على نكاح الكافرات ، لانقطاع العصمة بينهما بالاسلام ، وقد روى (٢) «إنها لمّا نزلت أطلق المسلمون نساءهم اللّتي لم يهاجرن حتّى تزوّج بهنّ الكفار» و في مرسل عليّ بن إبراهيم (٣) عن أبي‌جعفر عليه السلام في تفسيرها «من كانت عنده امرأة كافرة على غيرملّة الاسلام و هو على ملّة الاسلام فليعرض عليها الاسلام ، فان قبلت فهي امرأته ، و إلاّ فهي‌بريئة منه ، نهي‌الله أن‌يمسك بعصمهم» ومتى ثبت انقطاع العصمة الثابتة بالنكاح السابق لزم منه عدم تأثير اللاحق ، بل لعله أولى ، بل يمكن إرادة الأعم من السابق واللاحق من الامساك المنهي عنه فيها ، فان الاستدامة من لوازم التحصيل عادة ، و المنع من اللازم يقتضي المنع من الملزوم ، و على كل حال فلا ريب في دلالتها على ذلك من غيراختصاص بالمشركات وإن نزلت فيهنّ على ماقيل، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

مضافاً إلى موثق‌ابن‌الجهم(٤) قال : «قال لي أبوالحسن الرضا عليه السلام : يا أبامحمد ما تقول في رجل يتزوّج نصرانية على مسلمة ؟ قلت : جعلت فداك و ما قولي بين يديك ؟ قال : لتقولنّ ، فان ذلك تعلم به قولي ، قلت : لا يجوز تزويج نصرانيّة على مسلمة ولا على غير مسلمة ، قال : ولم ؟ قلت : لقول الله عزّوجلّ (٥) : و لا

---

(١) سورةالممتحنة : ٦٠ - الاية ١٠.

(٢) مجمع‌البيان ذيل‌الاية ١٠ من سورةالممتحنة .

(٣) الوسائل الباب -٥- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٧ .

(٤) الوسائل الباب -١- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٣ .

(٥) سورةالبقرة : ٢- الاية ٢٢١ .

تنكحوا المشركات ـ إلى آخرها ـ قال : فماتقول في هذه الآية (١) والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ؟ قلت : قوله : ولا تنكحوا المشركات نسخت هذه الآية ، فتبسّم ثمّ سكت » .

و إلى خبر زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام : « لا ينبغي نكاح أهل الكتاب ، قلت : جعلت فداك و أين تحريمه ؟ قال : قوله : ولا تمسكوا بعصم الكوافر » (٣) و صحيحه الآخر(٤) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله سبحانه و المحصنات ـ إلى آخرها ـ قال : هذه منسوخة بقوله : ولاتمسكوا بعصم الكوافر » .

و إلى خبر مسعدة بن صدقة المروي عن تفسير العياشي (٥) قال : « سئل أبوجعفر عليه السلام عن قول الله تعالى : و المحصنات ـ إلى آخرها ـ قال : نسختها : ولا تمسكوا بعصم الكوافر » .

و إلى ما عن الطبرسي أنه روى عند قوله تعالى : « والمحصنات » عن أبي ـ الجارود (٦) عن أبي‌جعفر عليه السلام « أنه منسوخ بقوله تعالى : ولا تنكحوا المشركات» بل قيل إنّ المراد بالمحصنات اللاتي أسلمن منهنّ ، و بالمحصنات من المؤمنات اللاتي كنّ في الأصل مؤمنات بأن ولدن على الاسلام ، لما حكي أن قوماً كانوا يتحرجون من العقد على من أسلمت عن كفر ، فبيّن سبحانه أنه لا حرج في ذلك ، فلهذا أفرده بالذكر .

و إلى قوله تعالى (٧) : « لا تجد قوماً يؤمنون بالله » إلى آخرها ، فانّ

---

(١) سورةالمائدة : ٥ ـ الاية ٥ .

(٢) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٣ .

(٣) سورةالممتحنة : ٦٠ ـ الاية ١٠.

(٤و٦) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١ـ٧ .

(٥) المستدرك الباب ـ١ـ من أبواب مايحرم بالكفرالحديث ١ .

(٧) سورة المجادلة : ٥٨ ـ الاية ٢٢ .

التزويج بهنّ مودّة ، خصوصاً بعد قوله تعالى (١) « وجعل بينكم مودّة و رحمة »
وإلى قوله (٢) «لايستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة» فان نفي الاستواء يقتضى نفيه من جميع الوجوه الّتى منها المناكحة ، ومن ذلك كلّه ذهب المفيد والمرتضى وابن إدريس فيما حكى عنه إلى المنع مطلقا حتّى الوطء بملك اليمين الّذي هو أحد العصم ، بل ادّعى المرتضى منهم الاجماع على ذلك .

إلاّ أن التحقيق الجواز مطلقا وفاقاً للحسن و الصدوقين على كراهية متفاوتة في الشدة والضعف بالنسبة (٣) إلى الدائم والمنقطع وملك اليمين ، وبالنسبة (٤) إلى من يستطيع نكاح المسلمة وغيره ، وبالنسبة (٥) لمن يكون عنده المسلمة وغيره ، و بالنسبة (٦) إلى البله منهن وغيرها ، كما أومأت إلى ذلك كله النّصوص التي ستسمعها ، لقوله تعالى : (٧) « والمحصنات » إلى آخرها الّتى هي من سورة المائدة المشهورة في أنها محكمة لا نسخ فيها .

قال رسول الله ﷺ (٨): «إنّ سورة المائدة آخر القرآن نزولاً فأحلّوا حلالها وحرّموا حرامها » .

و المروى (٩) عن الطبرسي عن العياشي باسناده وعيسى بن عبدالله ، عن أبيه

(١) سورة الروم : ٣٠ـ الاية ٢١ .

(٢) سورة الحشر : ٥٩ ـ الاية ٢٠ .

(٣) الوسائل الباب ـ ٢ـ من أبواب مايحرم بالكفر والباب ـ ١٣ ـ من أبواب المتعة والباب ـ١٦ـ من أبواب مايكتسب به الحديث ١ من كتاب التجارة .

(٤) الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب مايحرم بالكفر.

(٥) الوسائل الباب ـ٢ و٧ و٨ـ من أبواب مايحرم بالكفر.

(٦) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب ما يحرم بالكفر.

(٧) سورة المائدة : ٥ ـ الاية ٥ .

(٨) الدرالمنثور ج ٢ ص ٢٥٢ .

(٩) البحار ج ٩٢ ص ٢٧٤ .

عن جدّه ، عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : « كان القرآن ينسخ بعضه بعضاً ، و إنما يؤخذ من رسول الله صلى الله عليه وآله بآخره ، وكان من آخر ما نزل عليه سورة المائدة نسخت ما قبلها ولم ينسخها شيء ، لقد نزلت عليه وهو على بغلة شهباء ، وقد ثقل عليه الوحي حتى وقفت وتدلى بطنها حتى رأيت سرتها تكاد تمس الأرض وأعيى ، وأُغمي على رسول الله صلى الله عليه وآله حتى وضع يده على ذوابة شيبة بن وهب الجمحي ، ثم رفع ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وآله ، فقرأ علينا رسول الله صلى الله عليه وآله سورة المائدة ، فعمل رسول الله صلى الله عليه وآله و عملنا ».

و المروي مرسلاً (١) عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى (٢) : « لا تحلّوا شعائر الله » الآية « إنّه لم ينسخ من هذه السورة شيء ولا من هذه الآية لأنه لا يجوز أن يبتدأ المشركون في أشهر الحرم بالقتال إلا إذا قاتلوا » و فيه ردّ على من زعم أن قوله تعالى (٣) : « ولا الشهر الحرام » منسوخ بقوله (٤) : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » .

و صحيح زرارة (٥) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سمعته يقول : جمع عمر بن الخطاب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وفيهم علي عليه السلام ، فقال : ما تقولون في المسح على الخفين؟ فقام المغيرة بن شعبة ، فقال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله يمسح على الخفين ، فقال علي عليه السلام : قبل المائدة أو بعدها ، فقال : لا أدري ، فقال علي عليه السلام : سبق الكتاب الخفين ، إنّما نزلت المائدة قبل أن يقبض بشهرين أو ثلاثة» .

و المروى عن العياشي ، عن زرارة وأبي حنيفة عن أبي بكر بن حزم (٦) قال :

---

(١) مجمع البيان ذيل الاية ٢ من سورة المائدة .

(٢و٣) سورة المائدة : ٥ ـ الاية ٢ .

(٤) سورة التوبة : ٩ ـ الاية ٥ .

(٥) الوسائل الباب ـ٣٨ـ من أبواب الوضوء ـ الحديث ٦ من كتاب الطهارة .

(٦) الوسائل الباب ـ٦ـ من أبواب صفات القاضي ـ الحديث ٤٨ من كتاب القضاء .

« توضّأ رجل فمسح على خفيه فدخل المسجد فصلّى، فجاء علي ﷺ فوطأ على رقبته، فقال : ويلك تصلّى علي غير وضوء ، فقال : أمرني عمر بن الخطاب ، قال : فأخذ بيده فانتهى به اليه ، فقال : انظر ما يروى هذا عليك و رفع صوته ، فقال : نعم أنا أمرته إنّ رسول الله ﷺ مسح على الخفين ، قال : قبل المائدة أو بعدها ، قال : لا أدرى ، قال : فلم تفتى وأنت لا تدري ، سبق الكتاب الخفين » .

بل يدلّ على انتفاء النسخ في خصوص الآية بل هي ناسخة لما ادّعوا نسخها به ما رواه السيّد في المحكي من رسالة المحكم والمتشابه نقلاً عن تفسير النعماني باسناده (١) عن عليّ ﷺ قال : « و أمّا الآيات الّتي نصفها منسوخ و نصفها متروك بحاله لم ينسخ ، وماجاء من الرخصة في العزيمة فقوله تعالى : ولا تنكحوا المشركات - إلي آخرها - و ذلك أن المسلمين كانوا ينكحون في أهل الكتاب من اليهود والنصارى وينكحونهم حتّى نزلت هذه الآية نهياً أن ينكح المسلم في المشرك أو ينكحونه ، ثمّ قال الله تعالى في سورة المائدة ما نسخ هذه الآية ، فقال : والمحصنات - الآية - فأطلق الله تعالى مناكحتهنّ بعد أن كان نهى، وترك قوله : ولا تنكحوا المشركين حتّى يؤمنوا على حاله ، لم ينسخه » .

بل يشهد له أيضاً ماذكره الثقة الجليل عليّ بن إبراهيم (٢) في تفسيره عند قوله تعالى : « ولا تنكحوا » الآية « هي منسوخة بقوله تعالى في سورة المائدة :

---

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ۶ .

(٢) الموجود فى تفسير على بن ابراهيم فى ص ۶٣ (طبع ايران عام ١٣١٣) ذيل الاية ٢٢١ من سورة البقرة « نقوله : ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن منسوخة بقوله : والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، و قوله : ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمن على حاله لم ينسخ » وفى ص ١٥١ ذيل الاية ۵ من سورة المائدة «فقد أحل الله نكاح أهل الكتاب بعد تحريمه فى قوله فى سورة البقرة : ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، وانما يحل نكاح أهل الكتاب الذين يؤدون الجزية على ما يجب ، فأما اذا كانوا فى دار الشرك ولم يؤدوا الجزية لم يحل مناكحتهم ».

اليوم - الآية - ثمّ قال : نسخت هذه الآية قوله : و لا تنكحوا المشركات ، وترك قوله : ولا تنكحوا المشركين على حاله لم ينسخ ، لأنه لايحل للمسلم أن ينكح المشرك، ويحل له أن يتزوّج المشركة من اليهود و النصارى » فانه وإن لم يسنده إلى حجة إلاّ أن الظاهر كونه مأخوذا عنهم ﷺ، كما يشهد به طريقة المحدثين و خصوصاً فيماطريقه النقل من نقل متون الأخبار بحذف الاسناد كأنه من كلامهم .

ومن ذلك كله يظهرلك ما في المحكي عن جماعة من منع كون سورةالمائدة محكمة ، لاشتمالها على ما هو منسوخ ، و عدّوا منه قوله تعالى (١) : «فاعف عنهم واصفح» وقوله تعالى(٢): «ماعلىالرسولإلاّ البلاغ» وقولهتعالى(٣) : «يا أيّهاالّذين آمنوا عليكم أنفسكم لايضرّكم من ضلّ إذا اهتديتم » فانها جميعاً منسوخة بآية السيف ، وهي قوله تعالى (٤) : « واقتلوهم حيث وجدتموهم» على أن ذلك ليسمن النسخ قطعاً .

وأيضاً فان الروايات السابقة الدالة على نسخآية المائدة منها مادلّ علىأنّها منسوخة بقوله تعالى : « ولاتمسكوا» ومنها مادلّ على أنها منسوخة بقوله تعالى : « ولا تنكحوا» إلى آخرها ، و من المعلوم أن النسخ بأحدهما لا يجتمع مع النسخ بالاُخرى لاستحالة نسخ الشيء و رفعه بعد زواله و ارتفاعه .

و منه يعلم أنّ ماتضمّنته رواية الطّبرسي من اسناد النسخ اليهما معاً خلاف مايقتضيه الاعتبار، إلاّ أن يقال : إن الناسخ هو إحدىالآيتين خاصة، وإنما اُضيف النسخ إلى الاُخرى لكونها بمنزلة الناسخ من حيث الدلالة على ما يخالف حكم المنسوخ و إن حصل الرفع بغيرها، أو مامن شأنه النسخ به ، أو يقال بتكرر النسخ و إن المنسوخ هو حل الكتابية لا من حيث استفادته من خصوص الآية بل حلها مطلقا وإن كان لأجل السنّة لكن الكل كما ترى .

و أيضاً قد عرفت أن الظاهر من آية النهي عن الامساك المنع عن البقاء على

(١ و٢ و٣) سورة المائدة : ٥ - الاية ١٣- ٩٩ - ١٠٥ .

(٤) سورة النساء : ٤- الاية ٨٩ .

نكاح الكوافر و استدامته كما نصّ عليه المفسرون ، فيشكل الحكم بكونه ناسخاً لحل الكتابيّة ، للاجماع على بقاء النكاح إذا أسلم زوج الذمية دونها وإن اختلفوا في جواز نكاحها ابتداءً وعدمه ، ولاتجدي أولوية المنع عن الابتداء بعد انتفاء حكم الأصل، نعم يصح جعل الآية ناسخة لوحمل الامساك على مايعم الابتداء والاستدامة، لكنه خلاف المتبادر من اللفظ ، ولذا لم يذكره المفسرون .

و أمّا النسخ بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات » فيتوجّه عليه منع دخول الكتابية في المشركة، لأن المتبادر من الشرك في إطلاق الشرع غير أهل الكتاب، كما يؤيده عطف المشركين على أهل الكتاب و بالعكس في كثير من الآيات (١) وهذا لا ينافي اعتقادهم ما يوجب الشرك ، إذ ليس الغرض نفي الشرك عنهم ، بل عدم تبادره من إطلاق لفظ المشرك ، و ادّعاء النسخ بالآية لفهم العموم منها بالقرائن وإن كان ممكناً إلاّ أنّه خلاف ظاهر الرواية الدالة على النسخ بها من غير التفات إلى قرائن العموم، فوجب حينئذ طرح مادل على ذلك ، أو تأويله . على أنّ خبر ابن الجهم ليس فيه إلا أنّه تبسّم و سكت ، و يمكن أن يكون تبسّمه على اشتباهه ، خصوصاً والامام عليه السلام سأله عن تزويج النصرانيّة على المسلمة الظاهر في المفروغية من جواز نكاحها لا على مسلمة .

وأيضاً صدر آية المائدة بقوله تعالى: (٢) « اليوم اُحلّ » إلى آخرها المراد منه بحسب الظاهر ما تعلق بالكتابيّين ، فانه ظاهر في تجدد الحل و رفع الحرمة السابقة ، فهو حينئذ كالصريح في أنّه ناسخ لا منسوخ ، على أنه لو أغضينا عن ترجيح ماذكرناه ، وقلنا : إنّ خبر الواحد لايثبت به النسخ ولا الناسخ فلا أقل من التعارض ، ولا ريب في أن التخصيص أولى من النسخ ، و هو حاصل بتحكيم سورة المائدة .

هذا كله مضافاً إلى موافقة ذلك للنصوص المستفيضة أو المتواترة الدالة على

---

(١) سورة البقرة : ٢ ـ الاية ١٠٥ وسورة البينة : ٩٨ ـ الاية ١ و٦ .

(٢) سورة المائدة : ٥ ـ الاية ٥ .

جواز نكاح الكتابيّة منطوقاً و مفهوماً كصحيح ابن وهب (١) وغيره المروى في الكافي والفقيه عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام « في الرّجل المؤمن يتزوّج النصرانيّة واليهودية ، قال : إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية و النصرانية ؟ فقلت : يكون له فيها الهوى ، فقال : إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير ، و اعلم أن عليه في دينه في تزويجه إيّاها غضاضة » و منه يعلم الكراهة لمن يجد المسلمة في خبر محمّد (٢) عن أبي جعفر عليه‌السلام « لاينبغي للمسلم أن يتزوّج يهودية ولا نصرانيّة و هو يجد مسلمة حرّة أو أمة » مضافاً إلى إشعار لفظ « لاينبغي» فيه ، وإلى خبر عبدالله بن سنان (٣) عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : « سأله أبي و أنا أسمع عن نكاح اليهوديّة والنصرانيّة، فقال: نكاحهما أحب إليّ من نكاح‌الناصبيّة، وما اُحب للرّجل المسلم أن يتزوّج اليهوديّة ولا النصرانيّة مخافة أن يتهوّد ولده أويتنصّروا » .

فما عن أبي‌علي ـ من حرمة النكاح اختياراً والجواز اضطراراً للخبر المزبور وخبر حفص بن غياث (٤) قال : « كتب إليّ بعض إخواني أن أسأل أباعبدالله عليه‌السلام عن مسائل ، فسألته عن الأسير هل‌له أن يتزوّج في دار الحرب ؟ فقال : أكره ذلك فان فعل في بلاد الروم فليس هو بحرام ، وهو نكاح ، وأمّا في الترك والدّيلم والخزر فلا يحلّ له ذلك » ونحوه ، كخبر الخزاز (٥) عنه عليه‌السلام ـ واضح الضعف ، على‌أن خبر حفص لا صراحة فيه ، بل ولا ظهور في اشتراط الاضطرار المزبور في الجواز، بل هو في الدلالة على عدمه أظهر ، فيندرج حينئذ في أدلة المختار الّتي منها ما عرفت .

(١و٢) الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١ـ٢ .

(٣) ذكر صدره في الوسائل الباب ـ١٠ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١٠ و ذيله في الباب ـ١ـ منها ـ الحديث ٥ .

(٤) الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤ .

(٥) أشار اليه في‌الوسائل الباب ـ٢ـ من‌أبواب مايحرم بالكفرـ الحديث ٤ وذكره في التهذيب ج ٧ ص ٤٣٣ الرقم ١٧٢٧ .

و(منها) أيضاً موثق سماعة (١) «سألته عن اليهودية والنصرانية أيتزوّجها الرّجل على المسلمة؟ قال: لا وتزوّج المسلمة على اليهودية و النصرانيّة» الّذي منه تظهر دلالة القيد في الصحيح أو الحسن (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «لايتزوّج اليهوديّة والنصرانيّة على المسلمة» بل و خبر أبي بصير (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «ولا يتزوّج اليهوديّة ولا النصرانيّة على حرّة متعة وغير متعة».

و (منها) خبر أبي بصير (٤) أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن رجل له امرأة نصرانيّة له أن يتزوّج عليها يهوديّة؟ فقال إن أهل الكتاب مماليك للامام، وذلك موسع منّا عليكم خاصّة، فلابأس أن يتزوّج، قلت: فانه يتزوّج عليها أمة، قال: لايصلح له أن يتزوّج ثلاث إماء، فإن تزوّج عليها حرّة مسلمة ولم تعلم أنّ له امرأة نصرانيّة ويهوديّة ثمّ دخل بها فان لها ما أخذت من المهر، فإن شاءت أن تقيم بعد معه أقامت، و إن شاءت أن تذهب إلى أهلها ذهبت، و إذا حاضت ثلاث حيض أو مرّت ثلاثة أشهر حلّت للأزواج، قلت: فان طلق عليها اليهوديّة والنصرانيّة قبل أن تنقضي عدّة المسلمة له عليها سبيل أن يردّها إلى منزله؟ قال: نعم» و خبر منصور بن حازم (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن رجل تزوّج ذميّة على مسلمة ولم يستأمرها، قال: يفرّق بينهما، قلت: فعليه أدب؟ قال: نعم اثنى عشر سوطاً و نصف ثمن حد الزاني و هو صاغر، قلت: فان رضيت المرأة الحرّة المسلمة بفعله بعد ما كان فعل، قال: لايضرب ولا يفرّق بينهما، يبقيان على النكاح الأوّل» و خبر هشام بن سالم (٦) عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل تزوّج ذميّة على

(١و٢و٣) الوسائل الباب -٧- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث -٢-١-٥.

(٤) الوسائل الباب -٨- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١.

(٥) أشار اليه في الوسائل الباب -٧- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٢ وذكره في الباب -٤٩- من أبواب حد الزنا - الحديث ١ من كتاب الحدود.

(٦) الوسائل الباب -٧- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٣.

مسلمة ، قال : يفرّق بينهما ويضرب ثمن الحدّ ، إثنىعشر سوطاً ونصف، فان رضيت المسلمة ضرب ثمن الحد ولم يفرّق بينهما ، قلت : كيف يضرب النصف ؟ قال : يؤخذ السوط بالنصف فيضرب به » وخبرأبيمريمالأنصاري (١) عن أبيجعفر عليه السلام «سألته عن طعام أهل الكتاب ونكاحهم حلال هو ؟ فقال : نعم قد كانت تحت طلحة يهوديّة» وصحيح محمّد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام أيضاً « سألته عن نكاح اليهوديّة والنصرانيّة ، فقال : لا بأس به ، أما علمت أنه كان تحت طلحة بن عبدالله يهوديّة على عهد النّبي صلّى الله عليه وآله وسلّم ؟ » .

و (منها) خصوص ماجاء في المتعة كمرسل ابن فضال (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس أن يتمتّع الرّجل باليهوديّة والنصرانيّة وعنده حرّة » و خبر زرارة (٤) « سمعته عليه السلام يقول : لا بأس أن يتزوّج اليهوديّة و النصرانيّة ، فقال : لا بأس به يعني متعة » و خبر الأشعري (٥) « سألته عليه السلام عن الرّجل يتمتع من اليهودية و النصرانيّة ، فقال : لاأرى بذلك بأساً » الحديث . وخبرالحسن التغلبي (٦) « سألت الرضاعليه السلام أتمتع من اليهودية والنصرانيّة ؟ فقال : تتمتع من الحرّة المؤمنة أحبّ إليّ ، و هي أعظم حرمة منها » إلى غير ذلك من

(١ و٢) الوسائل الباب -٥- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٣ و ٤ .

(٣) الوسائل الباب -٤- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١.

(٤) الوسائل الباب -٤- من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٢ و الباب ١٣ من أبواب المتعة - الحديث ٢ . و فى الموضعين قال : « سمعته يقول : لا باس أن يتزوج اليهودية والنصرانية متعة وعنده امرأة » و اما قوله : فقال : لا بأس به يعنى متعة » فهومن تتمةحديث محمد بن سنان الذى ذكره فىالوسائل بعد خبرزرارة فىالموضع الثانى بلافصل، والظاهر انه سهومن قلمه وطفرة من نظره الشريف طاب ثراه .

(٥) الوسائل الباب -١٣- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٦) الوسائل الباب-٧- من أبوابالمتعة الحديث ٣ والباب -١٣-منها -الحديث ٦ عن الحسن التفليسى كما فى الاستبصار - ج ٣ ص ١٤٥ - الرقم ٥٢٤ .

النصوص الدالة على ذلك ، مضافاً إلى ما عن المبسوط من أنّه قد أجاز أصحابنا كلهم التمتع بالكتابيّة و وطءها بملك اليمين .

إلاّ أن النصوص جميعها كما ترى لا تفصيل في شيء منها بالدائم والمؤجّل وملك اليمين الّذي اختاره المصنّف وغيره ، بل قيل : إنه المشهور ، بل ظاهر بعضها أو صريحه التعميم زيادة على إطلاق النكاح و التزويج الّذي إن لم يكن ظاهراً في الدّوام فلا ريب في تناوله لهما معاً .

و دعوى ظهور الآية (١) في المتعة ـ باعتبار ذكر الأجر فيها الظاهر في عوضها ، دون الدائم ، فانّ عوضه يسمى بالمهر والصداق و نحوهما ـ يدفعها ـ مع أنه لا دلالة فيها على التفصيل المنافي للاطلاق ، بل هي حينئذ كأخبار المتعة ـ منع اختصاص لفظ الأجر في ذلك ، و منع انصرافه إليه ، بل أطلق في الكتاب و السنّة على المهر باعتبار كونه عوض ملك منفعة البضع ، على أن الآية قد اشتملت على المحصنات من المؤمنات والمحصنات من أهل الكتاب، والمراد اُجور الجميع ، ولا ريب في عدم اختصاص الجواز في المؤمنات بالتمتع ، و احتمال اختصاص القيد بالكتابيات يدفعه ظهور الآية في خلافه ، و خبر زرارة (٢) المشتمل على التفسير بالمتعة مع أنه منه لامن الامام عليه‌السلام لايقتضي التقييد، إذ أقصاه أن مراد الامام عليه‌السلام في خصوص الخبر المزبور من التزويج المتعة .

و دعوى حمل جميع مادل على جواز الدّوام على التقيّة يدفعها أن جملة من رواة تلك النّصوص ممن لا يعطون من جراب النورة ، على أن فيها ما ينا في التقيّة كالخبرالمشتمل على كونهن ملكاللامام ، وغيره . كل ذلك مع عدم المعارض الّذي يحمل لأجله الخبر على التقيّة المسقطة لحجيته ، و عدم الاشعار في شيء منها بذلك ، كما هو المتعارف في الأخبار الواردة مورد التقيّة ، والاستدلال بفعل طلحة باعتبار تقرير النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله له عليه فلا دلالة فيه على ذلك ، كما هو واضح .

---

(١) سورة النساء : ٤ الاية ٢٥ .

(٢) راجع التعليقة (٣) من الصفحة (٣٨) .

وكذا المناقشة فيها ـ باشتمالها على اعتبار المنع من أكل لحم الخنزير وشرب الخمر ، وهو غير شرط في صحة النكاح ، ولا واجب من حيث كونها زوجة و وجوبه من حيث الأمر بالمعروف خارج عما نحن فيه ، و اشتمال الآخر على اختصاص التوسعة بالشيعة ، وعلى معاملتهن معاملة الأمة في عدم جواز الجمع بين الثلاث منهن ، و عدم نكاحهن على المسلمة ، و الخيار للمسلمة لو نكحت عليهن وهي غير عالمة ، وأن له الرجوع على المسلمة في عدة الفسخ لوطلق اليهودية ، وغير ذلك مما لا يلتزمه القائل بالجواز ـ يدفعها عدم سقوط الخبر عن الحجية بذلك ، على أن الصدوق وابنه قد أفتيا بمضمون الصحيح المشتمل على المنع من لحم الخنزير و شرب الخمر ، فلعلهما يعملان به بالنسبة إلى ذلك ، و إن كان الأقوى خلافه ، لاطلاق النصوص ، نعم لا يبعد الاستحباب المؤكد أو الوجوب مع التمكن ولو بالاشتراط في عقد النكاح ، كما أنه لا يبعد الكراهة في نكاحها على المسلمة احتراماً لها ، بل لعل الرجوع إليها بعد الطلاق دليل على عدم كون الفسخ حقيقة، وأنها باقية على حباله ، كل ذلك بعد فرض الاجماع على عدم هذه الأحكام فيهن ، كما هو واضح ، و من ذلك كله يظهر لك أن مختار المصنف وغيره من التفصيل في غاية الضعف .

و أضعف منه اختصاص الجواز بملك اليمين كما هو ظاهر المفيد ، و كذا القول بالتفصيل بين الاضطرار وغيره في الدائم والجواز مطلقا متعة ، فان جميع ذلك مناف للعمومات و لما سمعته من الكتاب والسنة السالمة عن معارضة ما عدا التعميم و التخصيص إلا ما تقدم من النصوص (١) المتضمنة لنسخ آية المائدة (٢) بآية « ولا تمسكوا » (٣) وبآية « ولا تنكحوا » (٤) وقد عرفت الحال فيها وقصورها عن

---

(١) الوسائل الباب ـ ١ ـ من أبواب مايحرم بالكفر ـ الحديث ١ و ٣ و ٧ والمستدرك الباب ـ ١ ـ منها ـ الحديث ١ .

(٢) سورة المائدة : ٥ ـ الاية ٥ .

(٣) سورة الممتحنة : ٦٠ ـ الاية ١٠ .

(٤) سورة البقرة : ٢ ـ الاية ٢٢١ .

المعارضة من وجوه .

وآية المحادّة (١) ـ بعد منع كون التزويج موادّة ، فانه ربما كان للحاجة دون المحبة ، وآية « وجعل بينكم مودّة ورحمة » (٢) محمولة على الغالب ، لتحقق النشوزوالشقاق المنافيين للمودة قطعاً ـ ظاهرة فيأنالمراد موادّة المحادّ من حيث المحادّة ، لتعليقها علىالوصفالظاهر فيالعلية ، إذ الموادّة لامن تلك الجهة لاتكون داخلة تحت الاختيار ، فلايتوّجه النهي إليها ، ولايصح الحمل على اللوازم ، لجواز صلة المحاد ، لقوله تعالى (٣) : « وصاحبهما في الدنيا معروفاً» و قوله ﷺ (٤) : « لكلّ كبد حرى أجر» ولاريب فيتحريمالموادّة من حيث المحادّة ، بل منافاتها للايمان ، فانه ومحبة الكفر مما لايجتمعان، وحينئذ فالآية محمولة على ظاهرها، ولا حاجة فيها إلى تأويل قوله تعالى : « لا تجد » بماقيل من أن المعنى لاينبغي أن تجدوا ، فانه انما يحتاج إلى ذلك لو أريد بالموادة مطلق المحبة ، و قد عرفت فساده ، بل لعلّ الغرض من هذا الحكم نفي الايمان عن الذين كانوا يدعونالايمان و يضمرون الموادة للكفار المعلنين بالكفر ، و هم المنافقون الّذين كان يعرفهم النبيّ ﷺ بلحن القول وإشارات الوحي ، وإنماترك التصريح ، لأن الكناية أوفق بالبلاغة و أدعى إلى الرجوع إلى الحق ، و لما في التصريح من خشية تظاهرهم بالأمر و لحوقهم بالكفار الداعي إلى تقوية الكفر و ضعف الاسلام لكثرة المنافقين في عصره ﷺ ، ولا ريب في نقضه للغرض .

و أما آية الاستواء (٥) فهي أجنبيّة عما نحن فيه ، على أنها هي وغيرها من

---

(١) سورة المجادلة : ٥٨ ـ الاية ٢٢ .

(٢) سورة الروم : ٣٠ ـ الاية ٢١ .

(٣) سورة لقمان : ٣١ ـ الاية ١٥ .

(٤) مسند أحمد ج ٢ ص ٢٢٢ وفيه « في كل ذات كبد حرا أجر» .

(٥) سورة الحشر : ٥٩ الاية ٢٠ .

الآيات معارضة لآية المائدة بالعموم الّذي لا يعارض الخاص ، وأما احتمال إرادة المسلمات من « المحصنات من الّذين أوتوا الكتاب » (١) فتخرج عن أصل المعارضة فيدفعه أنّه مناف للظاهر خصوصاً مع المقابلة بالمحصنات من المؤمنات واتصال هذا الحكم بأحكام أهل الكتاب الثابتين على الكفر في قوله تعالى: (٢) « وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ » إلى آخرها ، فانّه لا ريب في أن المراد من أهل الكتاب من ثبت منهم على الكفر دون من أسلم باتفاق المفسّرين ـ على ما قيل ـ والنصوص الواردة في تفسيرها ، على أنّ العمدة للخصم النّص الدال على أنها منسوخة ، و لولاه لكان الواجب التخصيص، وحينئذ فالأمر دائر بين النسخ والتخصيص . وعلى كل حال فالمراد بالمحصنات من الذين اللاتي لم يسلمن من الكتابيات ، وقد عرفت رجحان عدم نسخها ، بل قد عرفت مايدل على أنها ناسخة .

و أما صحيح زرارة (٣) «سألت أباجعفر عليه‌السلام عن نكاح اليهوديّة والنصرانية فقال: لايصلح للمسلم أن ينكح يهودية ولا نصرانية ، إنّما يحل منهنّ نكاح البله» فلم أجد عاملاً به ، نعم يحكى عن سلار أنه جوّز نكاح المؤمنة و المستضعفة دواماً ومطلق الذميّة متعة، لكنه على كلّ حال قاصر عن معارضة غيره مما عرفت، على أن قوله عليه‌السلام فيه: «لايصلح» مشعر بالكراهة ، وإرادة الحرمة منه بقرينة قوله عليه‌السلام : « إنما يحلّ » ليس بأولى من إرادة ضعف الكراهة من الثاني بقرينة قوله : «لايصلح» في الأوّل ، فيكون عدم البلاهة مرتبة من مراتب الكراهة التي أشرنا إليها ، وقلنا بتنزيل النّصوص عليها ، للاشعار فيها بذلك من وجوه .

وقد ظهر لك من ذلك كله ضعف الأقوال الستّة أو السبعة ، و أن الأقوال المفصّلة منها مبنيّة على الجمع بلا شاهد و نحوه مما هو واضح البطلان ، و مما سمعته تعرف ما في دعوى المرتضى (ره) من الاجماع على عدم الجواز مطلقا المتبين خلافه، خصوصاً في المتعة وملك اليمين، فلم يبق بحمدالله سبحانه في المسألة بعد اليوم من

(١و٢) سورة المائدة : ٥ ـ الآية ٥ .

(٣) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١ .

إشكال ، والحمد لله المتعال ، و الله هو العالم بحقيقة الحال .

هذا و قد قال المصنّف تبعاً لجماعة : ﴿ و كذا حكم المجوس على أشبه الروايتين ﴾ أي لايجوز النكاح فيهم إلاّ مؤجلاً أو ملك يمين ، ففي صحيح ابن مسلم (١) « سألت أباجعفر عليه السلام عن الرّجل المسلم أيتزوّج المجوسيّة ؟ قال : لا ، ولكن إن كانت له أمة مجوسيّة فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ، ولا يطلب ولدها » و خبر منصور الصيقل (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « لا بأس بالرّجل أن يتمتع بالمجوسيّة » ونحوه خبرا محمّد بن سنان (٣) وحماد بن عيسى (٤) عن الرضا و أبي عبدالله عليهما السلام ، فالجمع بين الصحيح المزبور و بين ما دل على عدم جواز نكاح المشركات والكوافر (٥) وبينهما قاض بذلك ، مضافاً إلى مشابهة المتعة لملك اليمين، بل و إلى مادل على أنّ المجوس كتابيّون - بناءً على أن حكمهم عند المصنّف ذلك - من مرسل الواسطي (٦) عن الصادق عليه السلام قال : «سئل عن المجوس أكان لهم نبيّ ؟ فقال : نعم أما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله إلى أهل مكة أن أسلموا وإلاّ فاذنوا بحرب ، فكتبوا إلى النبيّ صلى الله عليه وآله خذ منّا الجزية و دعنا على عبادة الأوثان، فكتب إليهم النّبي صلى الله عليه وآله إنّي لست آخذ الجزية إلاّ من أهل الكتاب ، فكتبوا إليه يريدون تكذيبه : زعمت أنك لاتأخذ الجزية إلاّ من أهل الكتاب ، ثمّ أخذت الجزية من مجوس هجر ؟ فكتب إليهم النّبي صلى الله عليه وآله : إن المجوس كان لهم نبيّ فقتلوه ، و كتاب أحرقوه أتاهم نبيّهم بكتابهم في اثنى عشر ألف جلد ثور » ونحوه

---

(١) الوسائل الباب -٦- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ .

(٢ و٣ و٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المتعة الحديث ٥ - ٤ - ٥ والثالث مرسل حماد بن عيسى .

(٥) الوسائل الباب -١- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١ و٣و٧ .

(٦) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو - الحديث ١ من كتاب الجهاد .

المروى في محكي العلل عن أميرالمؤمنين عليه السلام (١) و النبوي (٢) « سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب » .

لكن قد يناقش في ذلك كلّه بأن مقتضى الآية والصحيح الأوّل عدم جواز النكاح مطلقا غبطة و متعة ، و الأخبار الثلاثة ضعيفة لا جابر لها ، ضرورة عدم تحقق شهرة بذلك ، بل لعل الشهرة على الخلاف ، بل عن التبيان والسرائر الاجماع على ذلك ، والمرسلان فاقدان شرائط الحجية ، بل زيد في الثاني منهما «غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » فيراد منهما بالنسبة إلى غير ما نحن فيه ، ففي المقنعة عن أميرالمؤمنين عليه السلام (٣) أنّه قال : « المجوس إنّما ألحقوا باليهود و النصارى في الجزية والديّات لأنه قد كان لهم فيما مضى كتاب» .

على أن المراد بأهل الكتاب من أظهر اتباعه و الانقياد له ، لامن أحرقه و أعرض عنه ، بل المنساق من أهل الكتاب في مثل آية المائدة التي في محل البحث اليهود و النصارى كما لايخفى على من تأمل موارد إطلاق هذا اللفظ ، لعدم العبرة عندنا بغير التوراة والانجيل من باقي الكتب الّتي هي على ماقيل نقل من الأنبياء بالمعنى ، لا أن ألفاظها نزلت من ربّ العزّة ، أو أنها مواعظ ونحوها لا أحكام ، ولعله لذلك خصّ أهل الكتابين ببعض الأحكام دون غيرهم ، فالّذي يقوى في النظر حرمة نكاحهم مطلقا إلاّ بملك اليمين .

نعم الظاهر أن السامرة ـ على ماقيل ـ قوم من اليهود يسكنون بيت المقدّس و قرايا من أعمال مصر يتقشفون في الطهارة أكثر من سائر اليهود ، أثبتوا نبوّة موسى وهارون و يوشع وأنكروا نبوّة من بعدهم رأساً إلاّ نبيّاً واحداً ، وقالوا :

---

(١) لم نعثر على هذه الرواية فى العلل بعد التتبع التام فيه و انما روى الصدوق قده فى الامالى والتوحيد عن أميرالمؤمنين عليه السلام ما يدل على ان المجوس كان لهم كتاب وبعث اليهم النبى وقد ذكره فى الوسائل فى الباب ـ ٣ ـ من أبواب ما يحرم بالنسب ـ الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب ـ٤٩ـ من أبواب جهاد العدو الحديث ٥و٩ من كتاب الجهاد .

(٣) الوسائل الباب ـ٤٩ـ من أبواب جهاد العدو الحديث ٨ من كتاب الجهاد .

التوراة إنّما بشرت بنبي واحد يأتي بعد موسى يصدّق ما بين يديه من التوراة ويحكم بحكمها، ولا يخالفها البتة، وقبلتهم الطور الذي كلّم الله تعالى عليه موسى، وقالوا: إن الله تعالى أمر داود أن يبنى عليه بيت المقدس، فخالف وظلم فبناه بايليا.

و أمّا الصابئون فعن أبي علي «أنهم قوم من النصارى» و عن المبسوط «أن الصحيح خلافه، لأنهم يعبدون الكواكب» وعن التبيان ومجمع البيان «أنه لا يجوز عندنا أخذ الجزية منهم، لأنهم ليسوا أهل الكتاب» و في المحكي عن الخلاف «نقل الاجماع على أنه لا يجري على الصابئة حكم أهل الكتاب» وعن العين ان دينهم يشبه دين النصارى، إلاّ أن قبلتهم نحو مهب الجنوب حيال نصف النهار، يزعمون أنهم على دين نوح، و قيل: قوم من أهل الكتاب يقرؤون الزبور، و قيل: بين اليهود والمجوس، و قيل: قوم يوحّدون ولا يؤمنون برسول، وقيل: قوم يقرّون بالله عزّ وجلّ ويعبدون الملائكة ويقرؤون الزّبور ويصلّون إلى الكعبة، وقيل: قوم كانوا في زمن ابراهيم عليه السلام يقولون بأنا نحتاج في معرفة الله ومعرفة طاعته إلى متوسط روحاني لا جسماني، ثمّ لمّا لم يمكنهم الاقتصار على الروحانيات والتوسّل بها فزعوا إلى الكواكب، فمنهم من عبد السّيارات السبع، ومنهم من عبد الثوابت، ثمّ إن منهم من اعتقد الالهية في الكواكب، ومنهم من سمّاها ملائكة، ومنهم من تنزّل عنها إلى الأصنام.

لكن في القواعد «الأصل في الباب أنهم ـ أي السامرة والصابئين ـ إن كانوا إنما يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحدة لهم حكم الحربيين» و في كشف اللثام «بهذا يمكن الجمع بين القولين لجواز أن يعدّوا منهم وإن خالفوهم ببعض الأصول، كما يعدّ كثير من الفرق من المسلمين مع المخالفة في الأصول، بل الأمر كذلك في غير الامامية، وقد قيل: إنّه لا كلام في عدّهما من القبيلتين، وانما الكلام في الأحكام».

قلت: لا ينبغي الكلام في الأحكام بعد فرض أنهم من القبيلتين، أي اليهود والنصارى، ضرورة تعليق الأحكام في النصّ والفتوى على المسمّين بهذا الاسم الذي يشملهم أهل الكتاب، فمع فرض انتحالهم ملّة موسى و عيسى والتوراة والانجيل و ركونهم إلى ما جاءآ به جرت عليهم الأحكام، بل الظاهر عدم العبرة فيما بينهم من الاختلاف

في الأصول و الفروع ، ضرورة تناول الاسم لهم جميعاً ، و هو مدار الأحكام .

كما أن الظاهر الاكتفاء في اثبات يهوديّته مثلاً باقراره من غير حاجة إلى العلم بالتواتر ، أو بالشياع المفيد له أو مايقوم مقامه من شهادة العدلين وإن احتمله في جامع المقاصد ، لكن الذي يقوى خلافه ، ضرورة كونهم في ذلك كالمسلمين في أصل الاسلام و في فرقه ، وكغيره من الأشياء التي لا تعلم إلاّ من قبل أصحابها ، ضرورة كونها من الاعتقادات المقبول خبر أصحابها بالنسبة إلى جريان أحكامها من غير فرق بين ما رجع منها إليهم و بين ما رجع منها إلى غيرهم الّتي منها جواز نكاحهم .

نعم لاعبرة عندنا بمن تهوّد أوتنصّر بعدالبعثة، لأن كل من انتقل من الاسلام أو من دين من أديان الكفر إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النّبي صلى الله عليه وآله لم يقبل منه عندنا من غيرخلاف يعرف فيه إلاّ ماتسمعه من الشيخ(ره) بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه ، بل قيل لقوله تعالى (١) : « ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه » وعموم قوله صلى الله عليه وآله (٢) : « من بدّل دينه فاقتلوه » ولأن دينهم لنسخه لم تبق له حرمة ، خلافاً للمحكي عن الشيخ من إقرار الكتابي المنتقل إلى غير ملته إذا كان الثاني مما يقر عليه ، ناقلاً عليه الاجماع ، و الأوّل أقوى و حينئذ فليس لأولادهم حرمة و إن نشؤوا على دين أهل الكتاب ولا يقرون عليه ، إذ الأولاد انما يحترمون لاحترام آبائهم ، و كذا أولاد الوثنيين إذا نشؤوا على اليهودية أو النصرانية ، فانه في حكم الانتقال .

ولو كان التهوّد والتنصّر قبل البعثة لم يبعد القبول مطلقا سواء كان انتقاله إلى الدين المبدل بهم أو إلى القديم ، لكن في القواعد « إن كان الانتقال قبله ـ أي المبعث ـ و قبل التبديل قبل و أقر أولادهم عليه ، وثبت لهم حرمة أهل الكتاب ، وهل التهوّد بعد مبعث عيسى كهو بعد مبعث النّبي صلى الله عليه وآله ؟ إشكال ، وإن كان بينهما

(١) سورة آل عمران : ٣ ـ الاية ٨٥ .

(٢) المستدرك الباب ـ١ـ من أبواب حد المرتد الحديث ٢ من كتاب الحدود .

فان انتقل إلى دين من بدل لم يقبل ، وإلاّ قبل ، ولو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل ، أو بعده ؟ أو علم و أشكل هل دخلوا في دين من بدل أولا ؟ فالأقرب إجراؤهم مجرى الكتابيين » قلت : لا إشكال في القبول لعموم الأدلة الشامل لهم ، بل هو شامل لمن انتقل بين المبعث والتبديل ، خصوصاً والمبدلون في زمن النّبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام أكثر من غيرهم ، بل لم يكن لهم إلاّ الدين المبدّل ، فان الاقرار بنبوّة نبينا صلى الله عليه وآله من دينهم ، فاما أن يكونوا هم المبدّلين أو الداخلين في دين المبدّل و آبائهم ، بل هو شامل أيضاً للمتهود بعد مبعث عيسى عليه السلام ، فالأقوى حينئذ إجراء حكم اليهود والنصارى على هؤلاء أجمع إلاّ من علم تهوّده بعد البعثة بناءً على عدم قبول ذلك منه لماعرفت ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ ولو ارتدّ أحد الزوجين ﴾ عن الاسلام أو ارتدا معادفعة ﴿ قبل الدخول وقع الفسخ في الحال ﴾ مطلقا ، سواءكان الارتداد عن فطرة أو ملة ، بلاخلاف أجده فيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل من أهل العلم كافة في الأوّل على ما عن التذكرة ، لعدم جواز نكاح المسلم و المسلمة كافرة و كافراً ابتداءً واستدامةً ولو كتابياً ، لعدم إقرارهم عليه إذا كان ارتداداً ، و للمعتبرة (١) في المرتد الفطري الشاملة لصورتي الدخول و عدمه كما تسمعها ، والخبر (٢) في الملي « المرتدّ تعزل عنه امرأته ، ولا تؤكل ذبيحته ، و يستتاب ثلاثة أيام ، فان تاب وإلاّ قتل » و هو وإن كان خاصاً بارتداد الرّجل لكن في الرياض إنّ ارتداد المرأة ملحق به ، للاجماع المركب ، نعم قد يناقش بظهوره فيما بعد الدخول ، أللّهم إلاّ أن يقال : إنّ ماقبل الدخول أولى فتأمّل .

كما أنه قد يناقش في الفسخ بردّتهما دفعة ، ولعله لا طلاق مادلّ على ذلك

---

(١) الوسائل الباب -١- من أبواب حد المرتد - الحديث ٢ و٣ من كتاب الحدود والباب -٦- من موانع الارث - الحديث ٤ و٥ من كتاب الارث .

(٢) الوسائل الباب -٣- من أبواب حدالمرتد الحديث ٥ من كتاب الحدود .

من نص أو معقد إجماع ، بل قد يقال : إن المرتد مطلقا وإن كان مليّاً لايصح نكاحه ابتداء ولا استدامة ولو لكافرة كتابيّة أو غيرها ، وكذا المرتدّة ، لأنه بعد أن كان حكمه القتل ولو بعد الاستتابة صار بحكم العدم الّذي لايصح نكاحه، وكذا الامرأة، فان حكمها السجن و الضرب أوقات الصلاة حتّى تتوب أو تموت ، و من هنا قال في الدّروس : « و تمنع الردّة صحة النكاح لكافرة أو مسلمة » و قال أيضاً : « ولا يصح تزويج المرتد والمرتدّة على الاطلاق ، لأنه دون المسلمة وفوق الكافرة ، ولأنه لايقر على دينه ، والمرتدّة فوقه ، لأنها لاتقتل » قلت : ومن ذلك يظهر لك الوجه في المرتدين دفعة ولو عن ملة ، مضافاً إلى دعوى الاجماع وإطلاق ما دلّ على البينونة بالارتداد الشامل لحالي ارتداد الآخر و عدمه ، بل يظهر لك الوجه في الانفساخ حتّى لو كانت الزوجة كتابية و الزّوج مرتداً مليّاً عن ذلك الصنّف من الكتابي ، كما هو واضح .

﴿و﴾ على كلّ حال ف﴿يسقط المهر إن كان من المرأة﴾ بلا خلاف أجده فيه لأن الفسخ جاء من قبلها ، ولأن المعاوضة انفسخت قبل التقابض ﴿ و نصفه إن كان من الرّجل ﴾ تنزيلاً للفسخ بارتداده منزلة طلاقه المنصّف للمهر قبل الدخول سواء كان لمسمّى أو لمهر مثل ، وفيه أن الأصل يقتضي وجوب المهر للعقد المسبب لذلك ، وخروج الطلاق بدليل خاص لايقتضي التعدية بعد حرمة القياس عندنا ، ومن هنا صرّح غير واحد بوجوب الجميع عليه ، خصوصاً في الارتداد الفطري المنزل المرتد (١) منزلة الميّت ، وستعرف أن الموت قبل الدخول يوجب الجميع ، أللهمّ إلاّ أن يقال : إن الأصل في الفسخ أو ما يقوم مقامه ردّ كل عوض إلى صاحبه كالاقالة في البيع، فمع فرض عدم الدخول لم يكن لها عليه شيء ، لعدم التقابض ، لكن ثبت في الطلاق النصف للدليل ، و ألحق به كلّ فسخ جاء من قبله بوجوب

(١) هكذا فى النسخة الاصلية المبيضة والصحيح (للمرتد) كما هو كذلك فى المسودة التى هى بخط المصنف طاب ثراه .

النصف ، للإجماع عليه ، كما قد أشرنا إلى ذلك في الرضاع ، فلاحظ وتأمّل .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لو وقع﴾ الارتداد ﴿ بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدّة ﴾ من غير فرق في وقوعه ﴿ من أيّهما كان ﴾ بل و من غير فرق في ارتداد الزوجة بين الفطري والملّي ، نعم يعتبر في الزوج أن يكون عن ملّة لما ستعرف أنه لا انتظار للفطري ، و حينئذ فان رجع أو رجعت قبل انقضاء العدة كانت زوجته وإلاّ انكشف أنها بانت من أول الارتداد ، كما أنه ينكشف بالاسلام منهما أنّ مثل هذه الردّة غير مانعة وأن النّكاح باق ، لما ستعرفه من النصوص (١) الدالة على ذلك في نكاح الكفار إذا أسلموا ، بل هو ظاهر العزل في الخبر السابق (٢) بل منها يعلم أنّ الرّجوع إلى الزوجيّة بالاسلام قهري لاحاجة فيه إلى قول : « رجعت » ونحوه كالمطلقة ، فما في خبر الحضرمي (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « إذا ارتدّ الرّجل المسلم عن الاسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلقة ثلاثاً ، و تعتد منه كما تعتد المطلقة فان رجع إلى الاسلام و تاب قبل أن تتزوج فهو خاطب ، ولا عدّة عليها منه له ، و إنما عليها العدّة لغيره، فان قتل أو مات قبل انقضاء العدة اعتدت منه عدّة المتوفّى عنها زوجها ، وهي ترثه في العدّة ، ولا يرثها إن ماتت وهو مرتد عن الاسلام » محمول على الرّجوع بعد العدّة ، كما أنه يحمل ما فيه من التشبيه بالمطلقة ثلاثاً على إرادة عدم الرّجوع له و هو كافر ، بل تبين عنه في هذا الحال بينونة تامّة .

﴿و﴾ على كلّ حال فـ﴿لا يسقط شيء من المهر﴾ قطعاً ﴿لاستقراره بالدخول﴾ هذا كلّه في المرتد عن ملّة .

﴿ و﴾ اما ﴿ إن كان ﴾ أي ﴿ الزوج ولد على الفطرة فارتدّ انفسخ النّكاح في الحال و إن كان بعد الدخول ، لأنه لايقبل عوده ﴾ بالنسبة إلى ذلك بلا خلاف ، بل

---

(١) الوسائل الباب -٩- من أبواب مايحرم بالكفر .

(٢) الوسائل الباب - ٣- من أبواب حد المرتد الحديث ٥ من كتاب الحدود .

(٣) الوسائل الباب -٦- من أبواب موانع الارث الحديث ٣ من كتاب المواريث بطريق الشيخ .

الاجماع بقسميه عليه ، قال الساباطي (١) : «سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : كلّ مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الاسلام و جحد رسول الله صلى الله عليه وآله نبوّته و كذّبه فانّ دمه مباح لمن سمع ذلك منه ، و امرأته بائنة منه يوم ارتدّ ، ويقسّم ماله على ورثته ، و تعتدّ امرأته عدّة المتوفّى عنها زوجها ، وعلى الامام أن يقتله ولا يستتيبه» وقال ابن مسلم (٢) « سألت أباجعفر عليه السلام عن المرتد ، فقال : من رغب عن الاسلام و كفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله بعد إسلامه فلا توبة له ، وقد وجب قتله ، و بانت منه امرأته ، و يقسم ماترك على ولده » وقد تقدّم في كتاب الطّهارة (٣) تمام البحث في قبول توبته باطناً مفصلاً ، فلا حظ و تأمّل ، والله العالم .

﴿ وإذا أسلم زوج الكتابيّة فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول أو بعده ﴾ بلا خلاف أجده ، بل في المسالك وغيرها الاجماع عليه ، بل ولا إشكال على المختار من جواز نكاح المسلم الكتابيّة ابتداءً فضلاً عن الاستدامة ، بل وعلى غيره لضعف الاستدامة عن الابتداء ، ولما عرفت من الاجماع المعتضد بنفي الخلاف ، وخبر العبيدي عن يونس (۴) قال : «الذّمي تكون له المرأة الذميّة فتسلم امرأته قال : هي امرأته يكون عندها بالنهار ولا يكون عندها بالليل ، قال : فان أسلم الرّجل و لم تسلم المرأة يكون الرّجل عندها بالليل و النهار » ولحسن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن ابن مسلم (٥) عن أبي‌جعفر عليه السلام « إن أهل الكتاب وجميع من له ذمّة

(١ و ٢) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب حد المرتد ـ الحديث ٣ـ٢ من كتاب الحدود .

(٣) الجزء الاول ص ٢٢٠ .

(۴) الوسائل الباب ـ٩ـ من أبواب مايحرم بالكفر ـ الحديث ٨ مع الاختلاف ورواه بعينه فى الكافى ج ٥ ص ٤٣٧ .

(٥) الوسائل الباب ـ٩ـ من أبواب مايحرم بالكفر ـ الحديث ٥ رواه عن الكليني باسناده عن ابراهيم بن هاشم ، عن بعض أصحابه ، عن محمد بن مسلم و فى الاستبصار ج ٣ ص ١٨٣ الرقم ٦٦٣ عن ابن أبي عمير ، عن بعض أصحابه ، عن محمد بن مسلم .

إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما ، و ليس له أن يخرجها من دارالاسلام إلى غيرها ، ولا يبيت معها ، ولكنه يأتيها بالنهار ، و أمّا المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهم إلىانقضاء العدّة فان أسلمت المرأة ثمّ أسلم الرّجل قبل انقضاء عدّتها فهي امرأته ، و إن لم تسلم إلاّ بعد انقضاء العدّة فقد بانت منه ولا سبيل له عليها ، وكذلك جميع من لا ذمّة له » و ما في صحيح ابن سنان (١) عن أبيعبدالله عليه السلام « سألته عن رجل هاجر و ترك امرأته في المشركين ثمّ لحقت به بعد أيمسكها بالنّكاح الأوّل أو تنقطع عصمتها منه ؟ قال : يمسكها و هي امرأته » .

ولإطلاق هذين ألحق الشيخ المجوسيّة في هذا الحكم ، لكن ينافيه خبر منصور بن حازم (٢) « سأل الصادق عليه السلام عن رجل مجوسي كانت تحته امرأة على دينه فأسلم أو أسلمت ، قال : ينتظر بذلك انقضاء عدّتها ، و إن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدّتها فهما علىنكاحهما الأوّل ، وإن هو لم يسلم حتّى تنقضي فقد بانت منه » و نحوه خبر آخر له عنه عليه السلام (٣) و من هنا حملها في محكي الخلاف والمبسوط كالوثنيّين ، لكن يمكن حملهما على من لم يكن له ذمّة بل كان في دار الحرب ، كما عن الشيخ في الكتابية و إن تختص البينونة بما إذا أسلمت دونه ، فانه الّذي نصّ عليه آخراً ولا ينافيه التعميم أولاً ، إلاّ أنهما معاً كما ترى ، فالأقوى حينئذ عدم الإلحاق .

﴿ ولو أسلمت زوجته قبل الدخول انفسخ العقد ﴾ لحرمة تزويجها بالكافر ولو استدامة ، فانّ الله لم يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلا (٣) ﴿ و ﴾ لصحيح

(١) الوسائل الباب -٥- من أبواب مايحرم بالكفر - الحديث ١ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٣ والثاني بطريق الكليني (قده) .

(٣) سورةالنساء : ٣- الاية ١٤١ .

ابن سنان (١) عن الصادق عليه السلام «إذا أسلمت امرأة وزوجها على غير الاسلام فرّق بينهما» الحديث.

نعم ﴿لامهرلها﴾ لأن الفسخ جاء من قبلها، و في صحيح ابن الحجاج (٢) عن أبي الحسن عليه السلام «في نصراني تزوّج نصرانيّة فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال: قد انقطعت عصمتها منه، ولا مهرلها، ولا عدّة عليها منه» لكن في الحسن كالصحيح (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام في مجوسيّة أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها، فقال أمير المؤمنين عليه السلام لزوجها: أسلم فأبى زوجها أن يسلم، فقضى لها عليه نصف الصداق، وقال: لم يزدها الاسلام إلاّ عزاً» إلاّ أنّي لم أجد عاملاً به.

﴿و إن كان﴾ إسلامها ﴿بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدّة﴾ فان أسلم فيها فهي امرأته و إلاّ بان أنها بانت منه باسلامها، وفاقاً للأكثر، بل المشهور، لنفي السبيل (٤) و للنصوص السابقة (٥) مضافاً إلى صحيح البزنطي (٦) «سأل الرضا عليه السلام عن الرّجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم، يحل لها أن تقيم معه؟ قال: إذا أسلمت لم تحل له، قلت: جعلت فداك فان الزّوج أسلم بعد ذلك أيكونان على النكاح؟ قال: لا إلاّ بتزويج جديد» خلافاً للشيخ في نهايته والمحكي من كتابي الأخبار له، لمرسل ابن أبي عمير (٧) السابق، و مرسل جميل بن دراج (٨) عن أحدهما عليهما السلام قال: «في اليهودي و النصراني و المجوسي إذا أسلمت

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ـ ٩ ـ من أبواب ما يحرم بالكفر ـ الحديث ٤ـ ٦ ـ ٧.

(٤) سورة النساء: ٤ ـ الاية ١٤١.

(٥) الوسائل الباب ـ٩ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٢ و٣ و٥.

(٦) الوسائل الباب ـ٥ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٥.

(٧) راجع التعليقة (٥) من صفحة (٥٠).

(٨) الوسائل الباب ـ٩ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١.

امرأته و لم يسلم ، قال : هما على نكاحهما ، ولا يفرّق بينهما ، ولا يترك يخرج بها من دارالاسلام إلى الهجرة » . وإليه أشارالمصنف .

﴿ و قيل : إن كان الزوج بشرائط الذمّة كان نكاحه باقياً، غيرأنه لايمكن من الدّخول عليها ليلاً ولا من الخلوة بها ﴾ و في بعض النسخ زيادة ﴿ نهاراً ﴾ لكن الموجود في النهاية ما هذا لفظه « وإذا أسلمت زوجة الذمّي و لم يسلم الرجل وكان الرّجل على شرائط الذمّة فانه يملك عقدها ، غيرأنّه لايمكن من الدخول إليها ليلاً ، ولامن الخلوة بها، ولامن إخراجها من دار الهجرة إلى دار الحرب» إلى آخره، و في محكي السرائر« قول الشيخ ممايضحك الثكلى، إن كانت زوجته فلايحل أن يمنع منها، ثمّ إن منع منها ومن الدخول اليها كانت نفقتها ساقطة ، لأنها في مقابلة الاستمتاع و هو لايتمكن منه ، فتسقط عنه » قلت : قد سمعت خلوالخبرين المزبورين اللّذين هما مستند الشيخ عن جواز الوطء و عدمه ، وما في أوّلهما من عدم المبيت عندها لادلالة فيه على ذلك ، خصوصاً بعد قوله عليه السلام : « و يأتيها نهاراً » وعلى تقدير أن الشيخ (ره) فهم ذلك منه يتخرّج له ما ذكره ، ولا استبعاد بالعقوبة له بذلك ، ولا تسقط النفقة عنه ، لأن الامتناع من الوطء لتقصيره بعدم الإسلام الّذي قد فرض اشتراط جواز الوطء به ، كالخلو من الحيض مثلاً .

و الأمر سهل بعدضعف القول في نفسه، وأن الشيخ (ره) إنما ذكره في الكتب الثلاثة الّتي لم تعدّ للفتوى ، و لذا رجع عنه في المحكي من خلافه ومبسوطه ، على أنّ الخبرين فاقدان لشرائط الحجيّة بالارسال و الضعف بعليّ بن حديد ، ومرسل (١) جميل فضلاً عن أن يعارضا تلك الأدلّة المعمول بها من خبري منصور وغيرهما . ﴿ و ﴾ من ذلك كلّه بان لك أن ﴿ الأوّل أشبه ﴾ بقواعد الفنّ .

هذا و في المسالك و غيرها « إنه لا فرق على قول الشيخ بين حالي الدخول

---

(١) هكذا فى النسخة الاصلية المبيضة والصحيح « فى مرسل ...» كما هو كذلك فى المسودة التى هى بخط المصنف طاب ثراه .

و عدمه ، لا طلاق دليله » قلت : قد يفرّق الشيخ بينهما لصحيح ابن الحجاج (١) المتقدّم ولعلّه لذا ظهر من بعضهم أنّ محلّ خلافه (ره) فيما بعد الدّخول ، والله العالم . هذا كله في إسلام زوج الكتابيّة وإن لم يكن هو كتابيّاً ، وفي إسلام زوجة الكتابي وإن لم تكن هي كتابيّة .

﴿ و أما غير الكتابيّين ﴾ أي أن الزّوج والزوجة غير كتابيّين ﴿ف﴾الحكم فيهما ان ﴿ إسلام أحد الزوجين موجب لانفساخ العقد في الحال إن كان قبل الدخول، و إن كان بعده وقف على انقضاء العدّة ﴾ بلا خلاف في شيء من ذلك ولا إشكال اصلّا (٢) وفتوى ، بل لعل الاتفاق نقلاّ وتحصيلاّ عليه .

﴿ ولو انتقلت زوجة الذّمي إلى غير دينها من ملل الكفر وقع الفسخ في الحال ولو عادت إلى دينها ، وهو بناءّ على أنه لا يقبل منها ﴾ بعد البعثة ﴿ إلاّ الاسلام ﴾ لقوله تعالى : (٣) « و من يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه » و النّبوى (٤) « من بدّل دينه فاقتلوه » من غير فرق بين المدخول بها وغيرها ، و في المنتقلة منه و إليه بين كونه ممن يقرّ عليه أهله أولا ، و حينئذ ، فلو أسلمت هي بعد ذلك أو أسلم هو أو أسلما معاً لم يكن بينهما نكاح و إن كان ذلك قبل انقضاء العدة ، لحصول الفسخ قبل الإسلام .

لكن لا يخفى عليك ما في هذا الحكم من الاشكال ، ضرورة عدم الاعتراض لنا على نكاح أهل الذّمة فيما بينهم ، فمع فرض جواز ذلك عندهم لم يبن وجه لفسخ النكاح ، وعدم إقرارها على الدين الجديد لاينافي بقاء النكاح ، وكذا عدم قبول رجوعها إلى دينها الأوّل ، أللهم إلاّ أن يدّعى أن الحكم بوجوب القتل يستلزم انفساخ النكاح كما سمعته في المرتد ، و هو كما ترى ، على أن وجوب

(١) الوسائل الباب ـ٩ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب ـ٩ـ من أبواب مايحرم بالكفر ـ الحديث ٢ و ٣ و ٥ و٦ .

(٣) سورة آل‌عمران : ٣ ـ الاية ٨٥ .

(٤) المستدرك الباب ـ١ـ من أبواب حد المرتد الحديث ٢ من كتاب الحدود .

القتل إن لم تسلم ، فلا أقل حينئذ من أن تكون كالمرتد الملي الّذي لا ينفسخ نكاحه للمسلمة مثلاً بعد الدخول إلاّ بعد عدم إسلامه إلى انقضاء العدّة .

و الّذي يقوى في نفسي أنّ عبارة المتن كانت « زوجته الذمية » أي زوجة المسلم الذمية ، نحو ما فرضه العلامة في المحكي من تذكرته من انتقال الكتابيّة زوجة المسلم إلى التوثن ، و انما التغيير من النساخ ، والحكم فيه حينئذ كما ذكر مع فرض بقائها على الكفر إلى انقضاء العدّة و إلاّ فلو أسلمت فيها كانت زوجة له مع الدخول بخلاف ما لو بقيت ، ضرورة عدم جواز نكاح المسلم ابتداءً واستدامة غير الكتابيّة، والفرض خروجها عن ذلك إلى مالايقبل منها ولو ملة كتابيّة ، كعدم قبول دينها الأوّل منها ، فيتعين الفسخ حينئذ .

لكن يبعّده فرض هذه المسألة في محكي الخلاف على نحو ما هو موجود هنا ، بل وفي القواعد أيضاً قال فيها : « ولو انتقلت الذميّة إلى ما لا يقرّ أهله عليه فان كان قبل الدخول فسد ، و بعده يقف على الانقضاء ، فان خرجت و لم يسلم الزّوجان فسد العقد ، وإن قلنا بقبول الرّجوع كان العقد باقياً إن رجعت في العدّة، ولو انتقلت إلى مايقرّ أهله عليه فكذلك إن لم نقرّها عليه ، و إلاّ كان النكاح باقياً ، ولو انتقلت الوثنية إلى الكتابية و أسلم الزّوج فان قبلنا منها غير الاسلام فالنكاح باق ، و إلاّ وقف على الانقضاء بعد الدخول ، و قبله يبطل » فان قوله في القسم الأوّل : « ولم يسلم الزّوجان» يقتضي أنّ الزّوج غير مسلم ، فيلزم منه أن الذميّة تحت الذمي إذا توثنت ينفسخ النكاح في الحال إن كان ذلك قبل الدخول .

و في كشف اللّثام إنه أطلق في التحرير فساد العقد في الحال إذا انتقلت الذميّة زوجة الذّمي إلى غير دينها من ملل الكفر بناء على أنه لايقبل منها إلاّ الاسلام حتّى الرّجوع إلى دينها ، فيمكن تقييد ذلك منهم بما إذا لم يكن النكاح مع ذلك صحيحاً عندهم ، أو يكون المراد انفساخ النكاح وإن لم يجب التفريق ، بمعنى أن الذمي حكمه حكم المسلم في الصحّة والفساد ، وإن أقرّ على ماعقده فحينئذ إذا كان

متزوجاً ذميّة مثلاً كان نكاحه صحيحاً في نفس الأمر بناءً على جواز نكاح المسلم لها ، فان انتقلت إلى غير دينها انفسخ نكاحه كالمسلم ، وإن وجب إقراره عليه مع فرض صحته في دينه ، لكن ذلك لا ينافي حرمة الوطء عليه مثلاً ، ومرجع ذلك إلى أن الردّة من الباطل إلى الباطل تفسخ النكاح مع استمرارها ، كالردّة من الحق إلى الباطل ، حتّى في الكفار بعضهم مع بعض ، للشركة معنا في الفروع و إن أقروا عليه مع فرض الصحّة عندهم ، ومن ذلك كلّه ظهر لك الحكم في جميع أقسام المسألة في الذميّة إذا كانت زوجة لمسلم أو ذمي وقد انتقلت إلى غير دينها .

﴿ و إذا أسلم الذمّي ﴾ أو غيره ﴿ على أكثر من أربع من المنكوحات ﴾ الكتابيات ﴿ بالعقد الدائم استدام أربعاً من الحرائر أو أمتين وحرّتين ﴾ أو ثلاث حرائر و أمة إن جاز ابتداءً نكاح الأمة مع الحرة وجاز نكاح أمتين ، لأولوية الاستدامة منه ، بل عن المبسوط والتذكرة ظهور الاتفاق على جوازها وإن كان قد يشكل إن لم يتم الاجماع باطلاق دليل المنع على حسب غيره من الممنوع الّذي يعتبر في الاقرار عليه بعد الاسلام جواز الابتداء ، بمعنى ملاحظة الاستدامة ابتداء فيعتبر فيها ما يعتبر فيه .

﴿ ولو كان عبداً استدام حرّتين أو حرّة وأمتين ﴾ أو أربع إماء ﴿ وفارق سائرهنّ ﴾ من غير فرق في ذلك كله بين ترتّب عقدهنّ وعدمه ، وبين اتحاده وتعدده ، وبين دخوله بهنّ وعدمه ، وبين الأوائل و الأواخر ، لعموم أدلة الاختيار . وللعامة قول بانفساخ نكاح الجميع مع اتّحاد العقد ، كالقول بانفساخ نكاح الأواخر ، و فيه أنه مناف لقاعدة الاقرار المقتضية لعدم وجوب الفحص و البحث عن كيفيّة وقوع نكاحهم ، لأن الأصل الصحّة و البراءة من الفحص ، ولأن كثيراً من الكفار أسلموا على عهده ﷺ مع أزواجهم ، فأقرّهم على نكاحهم من غير استفصال .

نعم لو علم أنّ نكاحهم مشتمل على مقتضى الفساد استدامة أيضاً كنكاح إحدى المحرّمات عيناً أو جمعاً أجرى عليه حكم الاسلام ، و لذا روى (١) عن

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٤ .

النبيّ ﷺ « أن فيروزالديلمي لما أسلم عن اُختين قال له النّبي ﷺ : اختر إحداهما » إذ عنوان الحرمة في الجميع لافرق فيه بين الابتداء و الاستدامة ، و لذا يبطل النكاح بالاُمومة الحادثة بالرضاع ، و البنت كذلك ، و الجمع بالاُختين الحادثة به ، وهكذا . ومن ذلك على الظاهر الجمع بين الأمة والحرة ، اللّهمّ إلاّ أن يثبت ما سمعته من الاجماع إلاّ مع عدم بقاء المفسد ، فالظاهر إقرارهم عليه مع صحّته عندهم وإن كان فاسداً عندنا، فضلاً عن الصحيح عندنا وإن كان فاسداً عندهم، كما لو اعتقدوا اباحة النكاح الموقّت من غير مهر أو العقد في العدّة و أسلما بعد انقضائها أو جواز شرط الخيار مدّة و أسلما بعد انقضائها بخلاف ما إذا أسلما والعدّة أومدّة الخيار باقية ، فان المانع حينئذ موجود، فيجرى عليه حكم المسلمين دون الأوّل الّذي قد مضى فيه المفسد في زمن الكفر المقرين عليه ومنه نكاح الأزيد من أربع ، فان المفسد كان في زمن الكفر المقر عليه، فشارك العقد السابق في استدامة الصحّة، ولذا كان له الخيار في إمساك الأوائل والأواخر، ضرورة كونهنّ بالنسبة إليه كثمن الخمر الّذي أسلم عليه ، فانه لاإشكال في ملكيته عليه وإن كان هو أثر العقد الفاسد ، إلاّ أنّ المفسد لم يكن موجوداً حال الاستدامة، نعم الزيادة على الأربع ممنوعة ابتداءً و استدامةً ، فلذا كان له الخيار من غير فرق بين الجميع ، فتأمّل جيّداً ، وربما يأتي له تتمّة .

و كيف كان فلا يشترط إسلامهنّ لما عرفت من جواز ابتداء نكاح الكتابية ، نعم لو كنّ وثنيات انفسخ مع عدم الدخول، ومعه انتظر إسلامهنّ في العدّة ، ولو أسلم معه أربع من ثمان كان له اختيار الكتابيات ، لا طلاق دليل التخيير، ولأن الاسلام لا يحرمهنّ عليه ، ولا يوجب نكاح المسلمات ، نعم الأولى له اختيار المسلمات ، لشرفهنّ ، و ليس للمرأة المتزوجة في الكفر بزوجين اختيار أحدهما إذا أسلما ، بل يبطل عقدهما معاً مع الاقتران ، و الثاني خاصة مع الترتيب و إن اشتبه فالقرعة أو البطلان أو الايقاف أو الالزام بالطلاق أو نحو ذلك مما تقدّم في نظائره .

وعلى كل حال فلا مهر للزائد مع عدم الدخول ، ومهر المثل معه إن قلنا بعدم

الصحة للعقد الزائد من أصله ، وإن الاختيار لمن عداها كاشف عن ذلك ، وأما إن قلنا بصحته على الكل بناءً على صحّة نكاحهم، وإن الاختيار هو المبطل له عن غير المختار فينبغي أن يثبت المسمى بالدخول ، و نصفه أو كلّه مع عدم الدخول ، كما هو واضح .

﴿ و لو لم يزد عددهن ﴾ بعد إسلامه ﴿ على القدر المحلل له ﴾ لو كان مسلماً ﴿ كان عقدهن ثابتاً ﴾ بلاخلاف ولا إشكال ﴿ وليس للمسلم إجبار زوجته الذمية ﴾ مثلاً ﴿ على الغسل ﴾ من الحيض فضلاً عن غيره ﴿ لأن الاستمتاع ممكن من دونه ﴾ بناءً على الأصح من عدم اشتراط الوطء به ، و ذمتهم تمنع من إجبارهم على ماليس في دينهم ، نعم قد ذكر غير واحد من الأصحاب إن له إجبارها عليه بناءً على اشتراط جواز الوطء به وإن كان فاسداً ، لعدم صحته منها ، و فيه منع حصول الشرط حينئذ بذلك ، بل المتجه استمرار الحرمة عليه حتّى تؤمن ، ضرورة عدم رفع حكم حدث الحيض المفروض منعه بالغسل الفاسد ، و دعوى قيامه مقام الصحيح في ذلك محتاجة إلى دليل يدل عليه .

﴿ ولو اتّصفت بما يمنع من الاستمتاع ﴾ ألزمت بالمنع منه كالمسلمة ، بل لايبعد مع كونه مانعاً لكماله باعتبار أنه ينفره ﴿ كالنتن الغالب ، و طول الأظفار المنفّر ﴾ ونحو ذلك ﴿ كان له إلزامها بازالته ﴾ أما إذا كان مانعا للكمال لا للنفرة بل لعدم حصول داع إلى هيجان الشهوة معه ففي تسلّطه على إلزامها بازالته إشكال ﴿ وله منعها من الخروج ﴾ من منزله ﴿ إلى الكنائس و البيع ﴾ كالمسلمة إلى المساجد و نحوها ، لمنافاته للاستمتاع ﴿ كما له منعها من ﴾ مطلق ﴿ الخروج من منزله ﴾ ولو إلى دور أهلها و أرحامها .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ له منعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير و استعمال النجاسات ﴾ لقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن وهب (١) الذي سأل فيه عن تزوّج

---

(١) الوسائل ـ الباب ـ٢ـ من أبواب مايحرم بالكفر ـ الحديث ١ .

النصرانيّة واليهوديّة : « إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير »
و في كشف اللثام تعليله مع ذلك بالنفرة ، كما أن فيه عن المبسوط إن قدر ما يسكر
له منعها ، والقدر الّذي لا يسكر قيل : فيه قولان ، وإن أكلت لحم الخنزير قيل :
فيه قولان ، أقواهما أنه ليس له ذلك ، أيّ زوجة كانت ، مسلمة كانت أومشركة بل فيه
عنه أنه قويّ عدم المنع له عما ينقص الاستمتاع من استعمال النّجاسات الّتي هي كذلك ،
ومن أكل الثوم والبصل والكراث ونحوها وإن كان هو كما ترى .

نعم قد يتّجه الاشكال في غير المنفّر، وغير المانع أو المنقص من الاستمتاع ولو
كان شرب خمر وأكل لحم خنزير واستعمال نجس ، ضرورة عدم الدليل على ذلك من
حيث الزّوجية والصحيح المزبور لا دلة فيه على ذلك ، فانه ليس له ذلك في المسلمة
فضلاً عن الذمية الّتي لا تجبر على ما هو غير مناف لدينها ، كما أن الظاهر منه أيضاً
عدم شرطيّة حل النكاح بذلك وإن كان ربما يتوهم إلّا أنّه يجب حمله على ضرب
من النّدب أو نحوه ، لا طلاق النصّ والفتوى ، والله العالم .

﴿ المقصد الثاني ﴾

﴿ في كيفية الاختيار ﴾ الّذي لم نعثر على التعبير عنه بلفظه في شيء من
نصوصنا ، نعم في شرح الارشاد لبعض فضلاء المخالفين إن النّبي صلى الله عليه وآله قال لغيلان
ابن سلمة لما أسلم وتحته عشر نسوة (١): «اختر أربعاً وفارق سائرهن» قال : رواه
ابن حيان بهذا اللفظ ، ورواه الشافعي و التّرمذي وابن ماجة، وصحّحه الحاكم وغيره
في ألفاظهم خصوصاً المخالفين « أمسك أربعاً و فارق سائرهن » و هو أشهر في كتب
الفقة ، قلت : و هو كذلك ، وهو و إن كان بمعنى الاختيار إلّا أنه لا يوجب البحث
عن كيفية الاختيار و عما يتحقق به مفهومه وغير ذلك مما أطالوا به في هذا المقام
الّذي هو ليس أولى من غيره ، بل لعل استقصاء البحث فيه في بحث الخيار أولى من

---

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٢ .

ذلك ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ﴿هو﴾ يتحقق ﴿إمّا بالقول الدال على الامساك ﴾ صريحاً ﴿كقوله : « اخترتك » أو « أمسكتك » أو ما أشبهه ﴾ أو « اخترت نكاحك» أو « أمسكته » أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة عليه صريحاً من أي لغة كانت وعن بعض الشافعيّة إنّ مالم يذكر فيه لفظ النكاح كناية ، وحكى عن الرافعي بل هو ظاهر الشهيد منافي المسالك ، و ضعفه واضح ، نعم من الكناية ما يدل على فسخ من عدا المختارات ، فانّه يلزمه حينئذ نكاح المختارات ، ونحو قوله : « اُريدكن» أو « لا اُريدكن » و الأمر سهل بعد فرض استواء الجميع في ترتّب الحكم ، فان احتمال اعتبار صراحة اللفظ هنا كالعقود والايقاعات بناءً على ذلك فيها بعيد وإن أمكن تقرير ما استدلوا به على ذلك هناك هنا ، إلاّ أن الظاهر إمكان تحصيل الاجماع على خلافه هنا ، ولعله لصدق إمساك الأربع بذلك كلّه ، بل ستعرف ثبوته بالفعل فضلاً عن القول ، بل إن لم يكن اجماعاً أمكن دعوى ترتّب الحكم عليه بالمعنى النفساني الانشائي و إن لم يذكر ما يدلّ عليه من قول أو فعل ، على حسب ما احتمل في تحقق الرضا فيما اعتبر به فيه بذلك ، و قوله ﷺ (١) : « انّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام » إنما يراد به في العقود والايقاعات المعهودة ، دون ما كان من توابع العقود مثلاً ، كالرضا والخيار والاختيار و نحو ذلك ﴿ ولو رتب الاختيار ثبت عقد الأربع الأُول واندفع ﴾ عقد ﴿ البواقي ﴾ لاستيفائه العدد بما سبق من اختياره كما هو المفروض ، ولو حصر اختياره في ستّة مثلا أو خمسة اندفع عقد غيرهنّ ، و كان بمنزلة ما اختار فراق إحداهنّ مثلاً ﴿ و لو قال لما زاد على الأربع : « اخترت فراقكنّ » اندفعن و ثبت نكاح البواقي ﴾ و إن لم يحصل منه إنشاء بقاء نكاحهنّ ، ضرورة عدم الملازمة بين اختيار فراق ما زاد وبين ذلك ، إلاّ أنّ العقد الأوّل بعد فسخ الزائد مقتض تام في بقاء نكاحهنّ ، ومنه يعلم عدم توقّف بقائه على إنشا الاختيار النفساني ، فلا حاجة إلى تكلّف دلالة ذلك عليه بالكناية

(١) الوسائل الباب ـ٨ـ من أبواب أحكام العقود الحديث ٤ من كتاب التجارة .

كي يناقش بفرض الغفلة ونحوها ، بل و بعدم الملازمة بين القصدين ، فانّ اختيار فراق ما زاد على الأربع يلزمه بقاء الأربع لا قصد بقاء الأربع الّذي هو معنى الاختيار كما هو واضح ، و لو قصد بالفراق الكناية عن الطلاق و قلنا إن الكناية، عنه مثله في الدلالة على النكاح كما ستعرفه ثبت عقد المراد طلاقهنّ ، ولن يقع بهنّ طلاق ، و انتفى نكاح غير هنّ ، فينعكس الحكم حينئذ ، وإن لم نقل بذلك لم يكن ثمّ اختيار .

﴿ ولو قال لواحدة ﴾ مثلاً ﴿ « طلقتك » صح نكاحها وطلقت ، وكانت من الأربع ، ولو طلق أربعاً اندفع البواقي ﴾ بالشرع ﴿ و ثبت نكاح المطلقات ثمّ طلقن بالطلاق ، لأنّه لا يواجه به إلاّ الزوجة ، إذ موضوعه إزالة قيد النكاح ﴾ فهو حينئذ جزء مفهومه ، و لازمه لزوماً بيّنا ، فاثباته يستلزم اثباته ، خلافاً لما عن بعض من عدم كونه معيناً للنكاح في وجه ، لقوله ﷺ لفيروز الديلمي (١) وقد أسلم على اختين : « طلّق أيتهما شئت » فلو كان الطلاق تعييناً للنكاح لكان ذلك تعييناً لنكاحهما عليه ، و فيه أن المراد من الطلاق فيه الفراق مجازاً .

نعم قد يناقش ذلك بأنّ وقوع الطلاق صحيحاً يستلزم ثبوت النكاح ، لأن (٢) قصد الطلاق يستلزم قصد اختيار النكاح، ضرورة إمكان قصد معنى الطلاق في الأجنبيّة وإن لم يقع صحيحاً ، فدعوى لزوم قصد الطلاق لقصد النكاح على وجه يتحقق به إنشاء الاختيار محل منع ، ومن ذلك يعلم أنّه لو طلق جاهلاً بعدم حاجة فراقهنّ إلى طلاق فأوقعه بقصد إرادة المفارقة لهنّ وبقاء نكاح غيرهنّ كان في الحقيقة دالاً على اختيار ما عداهنّ ، أللهمّ إلاّ أن يقال في الفرض : إنّه لما أنشأ طلاقهنّ ،دلّ ذلك على أنّه قد اختار نكاحهن ثمّ أنشأ طلاقهنّ باعتبار معلوميّة عدم طلاق غير الزوجة، فيحكم عليه بحسب ما وقع منه من الطلاق المحمول على الوجه الصحيح المتوقّف صحّته على كونه قد

---

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٤ .

(٢) هكذا في النسخة الاصلية المبيضة ، والصحيح « لا أن قصد الطلاق يستلزم ... » كما هو كذلك في المسودة التي هي بخط المصنف طاب ثراه .

اختار نكاحهن، إلاّ أنّه هو ـ مع كونه غير ما سمعته من تقرير الدلالة ـ قد يناقش فيه بامكان منع الظهور هنا، لامكان الاشتباه فيه بالاكتفاء فيه بعلاقة الزّوجيّة، فلا ظهور حينئذ على كونه اختار قصد النكاح ثمّ قصد الطلاق.

مضافاً إلى إمكان منع تحقق الاختيار بمجرّد الانشاء باطنا من دون دلالة عليه ولو فعلاً كما أومأنا إليه سابقاً وفي الفضولي و إن كان الأقوى خلافه، و إلى عدم اختصاص الدّعوى بالطلاق الصحيح، بل ظاهرهم ثبوت الاختيار به و إن كان الطلاق فاسداً بعدم الشاهدين أو الصيغة أو غير ذلك، بل ظاهر بعض و صريح آخر ثبوته به و إن وقع معلقا، فانّه و إن لم يقع طلاق لكنّه على كلامهم دال بالكناية على الاختيار، وليس تعليقه تعليق له، بل لعلّ قول المصنّف: « ولو قال لواحدة» إلى آخره من ذلك أيضاً بناءً على عدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ، فتأمّل جيّداً.

﴿ و ﴾ ربما ألحق الفسخ بالعيب بالطلاق في الدلالة على الاختيار على الوجه الّذي عرفت نعم ﴿ الظهار والايلاء ليس لهما دلالة على الاختيار ﴾ كما صرّح به غير واحد من العامّة والخاصّة ﴿ لأنه قد يواجه به غير الزوجة ﴾ بل لعل الأجنبيّة أليق بهما من الزوجة، وإن كان لكل منهما أحكام مخصوصة لو خوطب بهما الزوج(١) إلاّ أن ذلك لا يقضي بالاختيار، و به فرقوا بينهما و بين الطلاق الّذي جزء مفهومه النكاح أو لازمه لزوماً بيّنا.

لكن قد يشكل ذلك بما سمعته سابقاً من أن مفهومه إزالة قيد النكاح لا اختياره، بل لا تلازم بين معنى اللفظ في نفسه و بين وقوعه، فالطلاق لو وقع بالأجنبيّة كان له معنى، لكنه لا يؤثر أثراً، فوقوع النكاح حينئذ شرط تأثيره لا أن أصل المعنى موقوف على حصول النكاح، وبأنّه كما لا يتحقق معنى الطلاق خارجاً إلاّ في الزّوجة كذلك الظهار والايلاء أيضاً وإن كانا لو وقعا بالأجنبيّة كان

---

(١) هكذا فى النسخة الاصلية المبيضة، والصحيح «الزوجة» كما هو كذلك فى المسودة التى هى بخط المصنف طاب ثراه.

لهما معنى صحيح ، بل لوحلف على ترك وطء (١) الأجنبية فتزوّجها و وطأها كان عليه الكفّارة ، لكن ذلك كله لا يسمّى ظهاراً ولا إيلاءً .

ومنه لم يفرّق الشيخ فيما حكى عن مبسوطه بين الجميع في كونهن اختياراً وإن كان غير خفي عليك مافيه بعد الاحاطة بما ذكرناه ، و أن جعل الجميع ليس اختياراً إلاّ بالقرائن أولى وحينئذ فان اختار التي ظاهرها أوآلى عليها صحّا ، وكان ابتداء مدّة الإيلاء من وقت الاختيار ، وكان في الظهار عائداً إن لم يفارقها في الحال من غير خلاف يعرف فيه منهم ، لكن قد يشكل بأنه بالاختيار انكشف سبق الزوجية فيكونان حينئذ قد بان أنّهما وقعا على الزوجة من أوّل صدورهما ، و منه يعلم حينئذ أنه لوطلق وقلنا إنه ليس اختياراً أونصب قرينة على ذلك أمكن دعوى ظهور وقوعه وصحّته بالاختيار الواقع بعده الكاشف عن الزوجيّة حال وقوع الطلاق ، وليس ذا من التعليق في شيء ، بل هو كطلاق الامرأة المعقودة فضولاً قبل تحقق اجازتها بناءً على أن الاجازة للكشف خاصّة ولا تأثير لها في النكاح ، و دعوى أن الاختيار ارتجاع لا استدامة والطلاق لايقع إلاّ بالزوجة واضحة المنع .

ولو قذف واحدة و اختار غيرها وجب الحد ، و سقط بالبيّنة خاصّة دون اللّعان ، لأنها بحكم أجنبيّة و إن كان لها حكم الزوّجة قبل الاختيار .

ولو طلّق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد إسلامه حال كفرهنّ فان خرجت العدّة على كفرهنّ فلا حكم للجميع حتّى القذف بالنسبة إلى اللعان و بالنسبة إلى الحدّ ، لأنهنّ كافرات ، و إنّما عليه التعزير فيه ، و يسقط بالبيّنة ، و إن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطّلاق عليهنّ إن لم يزدن على النصاب أو لم يطلق إلاّ النصاب فما دون ، فان بقاء الزوّجية مراعي بالإسلام في العدّة فكذا الطّلاق ، ولا جهة لبطلانه ، فان الإسلام كاشف عن بقاء الزّوجية، وإن زدن و وقع الطلاق على النصاب أو مادونه كان اختياراً عند من عرفت ، و يحتمل العدم ، لأنّه حين

(١) فيالنسخة الاصلية المبيضة والمسودة « بل لوحلف على وطء الاجنبية » والصحيح ما أثبتناه .

طلق لم يكن له الاختيار ، وإن اختار لم يصح ، والإسلام مشترك بين الجميع ، نعم إن اختار المطلقات صحّ طلاقهنّ ، فهو طلاق مراعي بالإسلام والاختيار جميعاً ، وإن زدن على النّصاب وطلق الكل كشف الإسلام عن صحّته على النّصاب وتعيّن بالاختيار أوالقرعة. وأمّاالظهار والايلاء فاناختار من أوقع عليها ذلك صحّ وترتّب عليه أحكامه وإلاّ فلا، وأمّاالقذف فان اختار المقذوفة فعليه التعزير ، لأنه قذفها كافرة و يسقط باللّعان أو البينة ، و إن لم يخترها أسقطه بالبينة خاصّة .

ثمّ على فرض كون الطّلاق اختياراً فهل يتنزّل الكناية عنه منزلته ؟ إشكال أقربه عند الفاضل العدم ، لأنها لا تفيد الطّلاق ، فلا تفيد الاختيار و إن قصد بما تلفظ به الطّلاق ، لكن فيه أنّ الاختيار لا ينحصر في لفظ ، بل العبرة فيه بما فيالنفس ، فمع فرض أنا علمنا قصده الطّلاق بذلك يكون اختياراً و إن لم يقع طلاق ، لما عرفت من دلالة قصد معنىالطلاق عليه عندهم ، و لذا يقع به عندهم وإن كان فاسداً، بل قديقال بكونه اختياراً لوأوقع طلاقاً مشروطاً بالاسلام ،كما لوقال: « كلّما أسلمت منكن واحدة فهي طالق » بناءً على تأثير الاختيار لو وقع حال الكفر، ولكن يراعى بالاسلام فيالعدّة ، ولوقال : « إن دخلت الدّار ــ مثلاً ــ فقد اخترتك للنكاح » مثلاً لم يقع ، لاشتراط التنجيز فيه كغيره من أسباب المعاملات ، فانّ الدّليل فيها جميعاً متّحد ، و ليس ذامن قبيل تعليق الطّلاق ، كما لوقال : « أنت طالق إن جاء زيد ، أو إن طلعت الشمس ، أو إن كانت الشمس طالعة » فانه يمكن أن يكون اختياراً ، لأنه ليس تعليقاً له ، بل للطّلاق الذي قد عرفت دلالة قصده عندهم علىالاختيار وإن لم يقع الطّلاق بذلك ، هذا كلّه فيالاختيار بالقول صريحاً أو كناية .

﴿ وإمّا بالفعل ﴾ فـ﴿لا خلاف أجده عندهم فيمادلّ عليه صريحاً ، لأولويّة اندراجه فيقوله صلى الله عليه وآله(١): «أمسك أربعاً وفارقسائرهنّ» منالقول، بل ظاهرالمصنف

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٢ .

و غيره ذلك أيضاً في ﴿ مثل أن يطأها ، إذ ظاهره الاختيار ﴾ باعتبار دلالته على الرغبة فيها ، و حمل فعله على الوجه الصّحيح السّالم عن الزنا ، ولذا عدّ رجوعاً في الطّلاق و فسخاً في خيار البائع . ﴿و﴾ حينئذ ف﴿لو وطأ أربعاً ثبت عقدهن واندفع ﴾ عقد﴿البواقي﴾ لكن قد يشكل ذلك بعد عدم الدليل شرعاً على كونه اختياراً ، و إنما هو من حيث الدلالة بأنه لابد من تقييده بالوطء المتذكر المتنبه ، لا مطلق الوطء ، و بما إذا لم يكن ثمّ قرينة تدل على عدم قصده الاختيار ، بل قد يشكل أيضاً مع ذلك فيما إذا ادّعى عدم خطور الاختيار في الذهن حال الوطء وعدم قصده ، فانّ الحكم عليه بمجرّد وقوع الوطء منه خصوصاً بعد الدعوى منه لا يخلو من إشكال ، خصوصاً بعد إشكاله في التقبيل واللمس بشهوة .

قال : ﴿ ولو قبّل أولمس بشهوة يمكن أن يقال : هو اختيار كما هو رجعة في حقّ المطلقة ، وهو يشكل بما يتطرق اليه من الاحتمال ﴾ ، ضرورة عدم ظهور الفرق بينهما بناءً على كون المدرك في ذلك حمل فعل المسلم على الوجه الصّحيح الّذي هو مشترك بينهما ، بل مقتضى ذلك عدم التقييد بشهوة ، فان مطلق التقبيل واللّمس محرّم لغير الزوجة ، فمقتضى حمل فعل المسلم على الوجه الصّحيح كونه اختياراً ، لكن هو كما ترى ، ضرورة عدم اقتضاء صحّة فعل المسلم الحكم بوجود الشرط الّذي عدمه مقتضى الأصل ، حتّى بالنسبة الى غير ذلك الموضوع الّذي فعله المسلم ، خصوصاً بعد دعواه عدم القصد الّذي هو أدرى به من غيره ، وخصوصاً مع عدم معارضة الزّوجة بالانكار ، لعدم علمها أولغيره ، فالوجه التوقّف فيه ما لم تقم قرينة على قصد الاختيار قبله بعد عدم الدّليل شرعاً على عدم كونه اختياراً فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

ولو تزوّج بأُخت إحداهن قبل الفسخ أوالاختيار لم يصح ، لبقاء علقة الزوجيّة ، وهل يكون اختيارالفسخ عقد أُختها إذا كان تحته أكثرمن النصاب سواء كان دواماً أومتعة ؟ إشكال من التنافي ، و اختيار أحد المتنافيين يدل على كراهة الآخر و إن كان فاسداً ، و من أنّ التنافي إنما يكون إذا صحّ و ليس كما عرفت ، والعموم إذ ربما غفل أوجهل ، قلت : يتّجه كونه اختياراً بناءً على ما ذكروه من

حمل فعل المسلم على الوجه الصّحيح ، كما أنه يتجه حينئذ الحكم بصحة عقد الأخت وفسخ عقد السابقة مع فرض عدم العلم بحاله ، فيكون من الفعل الدال كناية ، نعم فيه ما قدمناه سابقاً من الاشكال ، ولو قال: « حصرت المختارات في ست » مثلاً وعيّنهن انحصرن فيهنّ ، فتعتد الباقيات حينئذ ، لدلالته على فسخ نكاحهن ، ولو لحقه أربع و تخلف أربع فعيّن الأوائل للنكاح صح ، لا طلاق الأدلة ، ولو عيّنهن للفسخ ففي القواعد لم يصح إن كان الأواخر وثنيات وإلاّ صح ، وكان وجهه إمكان أن لا يسلمن ، فيتعين الأوائل للزوجيّة بخلاف الكتابيات ، فان اختيارهن غير موقوف على إسلامهن ، ولو عيّن المتخلّفات للفسخ فلا إشكال ، لكن فيه أنه يمكن أن يقال بالصّحة في الأوّل على وجه المراعاة ، فان أسلمن الأواخر علم أنّ الفسخ في محلّه وإلاّ كان باطلاً ، فيكون حينئذ شرط الفسخ تجويز إمكان بقاء الزّوجيّة لا العلم بامكان بقائها ، لا طلاق الأدلة الذي لايعارضه أصل عدم الانفساخ وعدم تعيّن البواقي للزوجيّة ، فتأمّل جيّداً .

و كيف كان فيجب الفور في الاختيار على وجه لا يستلزم الضّرر والتعطيل على الأزواج ، فان امتنع مع ذلك ألزمه الحاكم به ، فان أصرّ على الامتناع قيل إنّه يعزّر حتّى يختار ، ولايختار عنه الحاكم ، لأنه منوط بالشهوة ، قلت: يمكن دعوى تولي الحاكم مع ذلك ، لعموم ولايته على مثله ، و منه يعلم تولي ولاية ولي المجنون له ، بل والصغير للعموم ، لكن في القواعد « ولو أسلم الكافر بعد أن زوّج ابنه الصّغير بعشر تبعه ابنه في الاسلام، فان أسلمن مع الأب اختار بعد البلوغ ، و يمنع أي وهو صغير من الاستمتاع بهن ، وتجب النفقة عليهن ، ولو أسلم المجنون ففي التبعية إشكال ، فان قلنا به تخير الأب أو الحاكم » بل عن معطي كلام التذكرة الايقاف فيه أيضاً إلى البرء ، لأنّ الاختيار بالتشهي ، و فيه أن إطلاق الولاية يشمل ذلك ، خصوصاً مع قاعدة نفي الضرار، والقياس على الطّلاق غير جائز عندنا ، فيقوى حينئذ وقوعه عن الولي فضلاً عن الوكيل ، ولعلّ في ذلك كفاية عما يتصوّر من الفروع في المقام ، خصوصاً بعد ملاحظة النظائر في الخيارات ونحوها ، فلاحظ وتأمّل ، والله

المؤيد والعالم .

﴿ المقصد الثالث ﴾

﴿ في مسائل مترتبة على اختلاف الدّين ﴾ :

﴿ الاولى ﴾

﴿ إذا تزوّج ﴾ الكافر ﴿ امرأة و بنتها ﴾ دفعة أوترتيباً ﴿ ثمّ أسلم بعدالدخول بهما ﴾ و كنّ كتابيتين مثلاً ﴿ حرمتا ﴾ أبداً عليه ، لصدق « اُمهات نسائكم » (١) و صدق « ربائبكم اللاّتي في حجوركم من نسائكم اللاّتي دخلتم بهنّ » (٢) ﴿ و كذا لوكان ﴾ قد ﴿ دخل بالاُم ﴾ وحدها ، لذلك أيضاً ، بخلاف ما لودخل بالبنت وحدها ، فانه يثبت نكاحه لها ، و تختص الاُم بالحرمة أبداً باُمهات النساء ، والوجه في ذلك كلّه ما عرفت من أنّ الكفار مخاطبون بالفروع عندنا ، إلاّ أنه يحكم بصحّة ما في أيديهم من النكاح وغيره ، بمعنى ترتّب الآثار عليه وإن كان فاسداً عندنا ، بل يقرّون عليه بعدالاسلام ما لم يكن المفسد مستمراً ، فانه لا يقر عليه حينئذ بعدالاسلام ، ضرورة كونه كالمسلم الّذي يعرض لنكاحه الصّحيح ذلك ، فيفسد به ، فانّ استدامة صحّة نكاح الكافر المقرّ عليها لا تزيد على استدامة نكاح المسلم الصّحيح ، ومن ذلك ما نحن فيه ، فانه لاريب في بطلان نكاح المسلم بعروض صدق اُمهات النساء والرّبيبة المدخول باُمها بالرضاع مثلاً فاستدامة نكاح الكافر كذلك ، و كذا يبطل نكاح الاُم خاصّة لوفرض عروض الاندراج في اُمّهات النساء دون الربيبة الّتي لم يدخل باُمها، كما لوأرضعت زوجته

(١ و٢) سورة النساء : ٤ الاية ٢٣ .

الكبيرة الّتى لم يدخل بها زوجته الصغيرة فانها تحرم الكبيرة دون الصّغيرة ، فكذلك الكافر الّذى أسلم ، فانه باسلامه يكون قدعرض لنكاحه المقرّ عليه صدق الاندراج الّذى قد سمعت حكمه ، ورفع ذلك عنه في حال كفره لايقتضي رفع حكمه حال الاسلام بعد فرض كونه مفسداً في الابتداء وفي الاستدامة .

ومن ذلك يعلم الوجه في قول المصنّف وغيره هنا ﴿ أمّا لولم يكن ﴾ الكافر ﴿ دخل بواحدة ﴾ منهما أي الاُم والبنت وأسلم ﴿ بطل عقد الاُم ﴾ و حرمت عليه أبداً باُمهات النساء ﴿ دون البنت ﴾ فانه يثبت عقدها، لاُنها ربيبة لم يدخل باُمّها ، فهو حينئذ كالمسلم الّذي أرضعت زوجته الكبيرة الصّغيرة قبل الدّخول ﴿و﴾ حينئذ ف﴿لا اختيار ﴾ له ، ضرورة تعيّن المحلّلة له ﴿و﴾ هي البنت خاصّة .

لكن ﴿ قال الشيخ : له التخيير ﴾ فانّ المحكي عنه في الخلاف « إذا جمع بين العقد على الاُم والبنت في حال الشّرك بلفظ واحد ثمّ أسلم كان له إمساك أيتهما شاء و يفارق الاُخرى » و في المبسوط « إن لم يدخل بهما قيل : يتخير في إمساك أيتهماشاء ، و قيل : يثبت نكاح البنت ، و يقوى في نفسي الاُوّل » و في المختلف « احتج الشيخ بأنّ المشرك إذا جمع بين من لا يجوز له الجمع بينهما في نكاح فانما يحكم بصحّة نكاح من ينضم الاختيار الى عقدها ألاترى أنّه إذا عقد على عشر دفعة واحدة و أسلم اختار منهنّ أربعاً ، فاذا فعل حكمنا بأن نكاح الاُربع وقع صحيحاً، ونكاح البواقى وقع باطلاً ، بدليل أن نكاح البواقي يزول، ولايجب عليه نصف المهر إذا كان قبل الدّخول ، فاذا كان كذلك فمتى اختار إحداهما حكمنا بأنّه هو الصّحيح والاُخر باطل ، و لاُنه إذا جمع بين من لايجوز الجمع بينهما واختار في حال الاسلام لكان اختياره بمنزلة ابتداء عقد ، بدليل أنه لايجوز أن يختار إلاّ من يجوز له أن يستأنف نكاحها حين الاختيار ، وإذا كان الاختيار كابتداء العقد كان كأنه الاُن تزوّج بها وحدها ، فوجب أن يكون له اختيار كلّ واحدة منهما » ثمّ أجاب عنه في المختلف « بأنّ الّذي ذكره إنما يتم في صورة

الاختيار في حال الاسلام ، وهنا لا يمكن الاختيار في حال الاسلام ، فان الاُم حرمت بمجرّد العقد على البنت» .

وهذا الجواب منه ـ ره ـ مبني على ما استدل به للمطلوب من أنّ المقتضي للتحريم موجود ، والمانع لا يصلح للمانعية ، أما وجود المقتضي فللأدلة الدالة من الجمع بين الاُم والبنت من الكتاب (١) والسّنة (٢) المتواترة والاجماع ، وأما عدم صلاحية المانع فلما تقرّر في الاُصول من أنّ الكفار مخاطبون بالفروع ، وفيه أنّ هذه المسألة غير مبنية على ذلك ، وإلاّ كان المتجه ما ذكره الشيخ من عدم حرمة إحداهما عليه ، ضرورة أنّ المسلم لو عقد على الاُم والبنت دفعة لم تحرم إحداهما عليه ، بل له استئناف العقد على كلّ منهما ، فكذلك الكافر بناءً على الشركة ، بل لو عقد على الاُم أوّلاً ثمّ عقد على البنت بعد ذلك لم تحرم بذلك الاُم ، الى غير ذلك من الأحكام التي تترتب على قاعدة الاشتراك المنافية لا طلاق الأصحاب هنا بل ولصريحه ، فالأولى الاستدلال بما عرفت .

﴿و﴾ منه يعلم أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ لا ما ذكره الشيخ الذى يأتي مثله في مسألة الدّخول ، ضرورة كونه حينئذ بمنزلة عدمه قبل الاختيار الذى هو ابتداء نكاح ، فانّ « الاسلام يجبّ ما قبله » (٣) ﴿و﴾ فيه أنه لا يمنع صدق الاندراج في عنوان المحرّم .

نعم قد يقال: إنّ الحكم فيما ﴿لو أسلم عن أمة وبنتها﴾ مبني على قاعدة الاشتراك ﴿و﴾ يقال حينئذ: ﴿ إن كان وطأهما حرمتا ﴾ عليه أبداً ﴿وإن كان وطأ إحداهما حرمت الاُخرى﴾ خاصّة أبداً ﴿ وإن لم يكن وطأ واحدة ﴾ منهما ﴿ تخيّر ﴾

---

(١) سورة النساء : ٤ـ الاية ٢٣ .

(٢) الوسائل الباب ـ١٨ و١٩ـ من أبواب مايحرم بالمصاهرة .

(٣) المستدرك الباب ـ١٥ـ من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٢ و الخصائص الكبرى ج ١ ص ٢٤٩ وكنز العمال ج ١ ص ١٧ ـ الرقم ٢٤٣ والجامع الصغير ـ ج ١ ص ١٢٣ .

كالمسلم في ذلك كلّه في الصّورة الاُولى ، بناءً على أن وطء الشبهة يحرم السّابقة أيضاً ، أللّهم إلاّ أن يقال بالحرمة هنا و إن لم نقل به في وطء الشبهة ، فيختصّ الكافر حينئذ بذلك ، و ينزل حينئذ وطؤه لكلّ منهما منزلة عقده على كلّ منهما و دخوله المحكوم بصحّته في حال الكفر ، فيترتّب حينئذ عليه بعدالاسلام ما يترتب على الصّحيح ، فيفيد الحرمة على كلّ منهما أبداً .

﴿ ولو أسلم عن اُختين ﴾ تزوّجهما دفعة أومرتباً ﴿ تخير أيتهما شاء ولو كان ﴾ قد ﴿ وطأهما ﴾ بعين ما عرفته سابقاً ، فهو حينئذ كالمسلم الّذي ارتضعت زوجته الصّغيرة من لبن اُمّ الكبيرة ، فانه يتخير واحدة منهما ، نعم يفرّق بينهما بالاحتياج الى عقد مستأنف في وجه في المسلم بخلاف الكافر .

﴿و كذا﴾ يتخير ﴿لو كان﴾ أسلم و ﴿عنده امرأة وعمتها أوخالتها ولم تجز العمّة ولا الخالة الجمع﴾ لأنه بعدالحكم باستمرار صحّة عقده المقرعليه ـ من غير فرق بين سبق العمّة وتأخّرها والمقارنة ـ يكون حينئذ بعدالاسلام بمنزلة مسلم قدعقد على العمّة وبنت أخيها دفعة من غير رضا العمّة، فيتخير إحداهما بعقد مستأنف أوبدونه على الوجهين ، كالاُختين أو كمسلم عرض ذلك لنكاحه برضاع مثلاً . ﴿ أما لورضيتا ﴾ أي العمة والخالة ﴿ صح الجمع ﴾ بلا إشكال ، بل الظاهر كفاية رضاهما في حال الكفر ، لا طلاق الأدلة ، فاحتمال أنّه بعدالاسلام كابتداء نكاح لابدّ له من رضا مستأنف مدفوع بها .

﴿ و كذا لوأسلم عن حرّة و أمة ﴾ زوجتين يصحّ الجمع مع فرض رضا الحرّة ولوحال الكفر ، وإلاّ انفسخ عقدالأمة ، لأنه يكون بعد إسلامه بمنزلة عقدالمسلم عليهما دفعة الّذي قد سمعت أنّ الحكم فيه انفساخ عقدالأمة مع عدم رضا الحرّة نصّاً (١) وفتوى أوبمنزلة عروض ذلك للمسلم بعد نكاحه، بأن اسرت إحدى زوجتيه فصارت أمة .

ومن ذلك يعلم أنّ الحكم في الحرّة والأمة غيره في العمّة والخالة وإن اشتركا

---

(١) الوسائل الباب ـ٤٨ـ من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ١ .

في صحّة الجمع مع الرضا ، مع أنّه قد يشكل إن لم يكن إجماعاً بأنّ المتّجه الانفساخ في الأمة و إن رضيت الحرّة ، بناءً على عدم جواز نكاحها مع التمكن من الحرّة كما جزم به العامة ، أللّهم إلاّ أن يفرّق بين الابتداء والاستدامة ، كما لوأسلم زوج الكتابية ، فانّه يقرّ عليه حتّى على القول بعدم جواز نكاحها غبطة ابتداءً ، لكن لايخفى عليك احتياجه الى الدليل ، و ليس إلاّ الاجماع إن ثبت ، والله العالم .

المسألة « الثانية »

« إذا أسلم المشرك و عنده حرّة وثلاث إماء » وثنيّات « بالعقد فأسلمن معه تخيّر مع الحرّة اثنتين إذا رضيت الحرّة » لعدم جواز نكاح الأزيد منهما له . «و» كذا « لوأسلم الحرّ و عنده أربع إماء بالعقد تخيّر » منهن «أمتين، ولو كنّ » أربع «حرائر» ذميّات مثلاً « ثبت عقده عليهن ، و كذا» الحكم«لوأسلمن قبل انقضاء العدّة» يتخيّر أمتين من الأربع إن كنّ إماء ، ويثبت عقده عليهن إن كنّ حرائر وثنيّات، لأن إسلامهن في العدّة كاسلامهن معه .

« ولو كنّ أكثر من أربع فأسلم بعضهن كان بالخيار بين اختيارهنّ وبين التربّص ، فان لحقن به أو بعضهنّ ولم يزدن عن أربع » واختارهنّ « ثبت عقده عليهنّ ، وإن زدن عن أربع تخيّر أربعاً ، ولواختار من سبق إسلامهنّ لم يكن له خيار في الباقيات ، ولو لحقن به قبل العدّة » بلاخلاف في شيء من ذلك ولا إشكال لا طلاق الأدلة ، ولو اختار الأربع من الكافرات حال كفرهنّ واتفق لحوقهنّ به في العدّة أمكن الاكتفاء به و ثبوت عقده حينئذ عليهن ، و ليس هو من التعليق بعد انكشاف كونهن من محل الاختيار باسلامهن في العدّة ، نعم لوعلق اختياره على من سبق إسلامهنّ احتمل بطلانه للتعليق ، أما لواختار أربعا مخصوصات منهنّ فاتفق

إسلامهن لحقه حكم الاختيار ، ولا يخفى عليك أن ما ذكرنا من الاماء مبني على جواز نكاح الأمة للحر القادر على الحرة وإلا لم يجز له اختيار الأمة وإن رضيت الحرة ، كما هو واضح .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾

﴿ لو أسلم العبد وعنده أربع حرائر وثنيات فأسلم معه اثنتان ﴾ فصاعداً ﴿ ثم أعتق ولحق به من بقي لم يزد على اختيار اثنتين ﴾ وإن كان لحوقهن به في العدة ﴿ لأنه كمال العدد المحلل له ﴾ حال إسلامه الذى هو ابتداء جريان أحكام المسلمين عليه . ﴿ولو أسلمن﴾ جميعهن قبله ﴿ ثم أعتق ثم أسلم أو أسلمن بعد عتقه و إسلامه في العدة ثبت نكاحه عليهن ﴾ بلا إشكال في الصورة الأولى ﴿ لا تصافه بالحرية المبيحة للأربع ﴾ قبل إسلامه ، و سبق إسلامهن بعد أن كان زمان العدة لهن مراعى فيه حال الزوج غير مناف و إن انكشف حينئذ باسلامه فيه حراً أنهن زوجات له من حين إسلامهن و إن كان عبداً فيه ، لأن العبودية حال الكفر المتعقبة للحرية والاسلام لا تنافي نصاب الأربع ، كما لاينافي كفره المتعقب للاسلام في العدة كونهن زوجات له حال إسلامهن المفروض كفره فيه ، و دعوى أنه باسلامهن قبله تبين اثنتان منهن و تبقى اثنتان مراعى باسلامه في العدة يدفعها منع ذلك ، بل المتجه أن المراعاة زمان العدة لحال إسلامه، فان أسلم حراً لحقه حكم الحر المسلم ، و إن كان عبداً لحقه حكم العبد المسلم ، ضرورة أنه إذا أعتق ثم أسلم قبلهن لحقه حكم الحر المسلم ، ولا عبرة بنكاحه الأربع حال كونه كافراً عبداً بعد أن أقر عليه ، فكذا زمان العدة الذى أمهله الشارع فيه ﴿و﴾ جعل الشارع إسلامه فيه مثل إسلامه معهن، فهو حينئذ حر قد أسلم هو وهن دفعة واحدة ، كما هو واضح .

نعم ﴿في الفرق﴾ بين الصورة الأولى والصورة الأخيرة ﴿إشكال﴾ ضرورة اشتراكهما في مقتضى الأربع أومقتضي الاثنتين ، فلا وجه لقصر اختياره في الأولى على اثنتين، ولبقاء نكاحه على الأربع في الأخيرة ، بل لعل المتّجه فيهما الاقتصار على اثنتين ، لأنه عبد حال إسلامه الّذي هو ابتداء جريان الأحكام عليه ، وليس الاختيار ابتداء نكاح ، حتّى تلحظ رقيته و حريته حاله ، على أن إسلام الاثنتين في الصورة الأولى لا يعين عليه الاختيار ، لأنّ له انتظار الأخيرتين في العدّة ، فلو كان المدار على حاله عنده لاتّجه حينئذ ثبوت نكاحه عليهنّ أجمع ، مع فرض لحوق الاثنتين في العدّة وبعد عتقه، ضرورة كونه حراً حينئذ كالصورة المتأخّرة .

ومن هنا يتّجه أن يقال: إنّ الضّابط في بقاء نكاحه عليهنّ أجمع واقتصاره على الاثنتين سبق حريته على إسلامه و تأخّرها عنه ، ففي الأوّل يثبت نكاحه عليهن ، سواء أسلمن قبله أوبعده أومعه أو بعضهنّ قبله أومعه و بعضهنّ بعده لكونه حال جريان حكم الاسلام عليه حراً ، ولا عبرة بعبوديته حال الكفر الّذي قد أقر على نكاحه فيه وإن كان فاسداً عندنا ، وفي الثاني لايزيد على اختيار اثنتين، لكونه حال إسلامه عبداً ، فيثبت له حكم العبد المسلم ، من غير فرق بين إسلام اثنتين معه وعدمه ، لعدم مدخليّة وجود محل الاختيار في ذلك بعد أن لم يكن متعيّناً عليه .

و بذلك ظهر لك حكم سائر الصور الّتي ذكرها في المسالك و غيرها ، وأطالوا الكلام فيها ، و لعلّ ما ذكرناه هو ظاهر الفاضل في القواعد ، حيث قال : « ولو أسلم العبد عن أربع حرائر فصاعداً وثنيّات ثمّ أعتق و لحقن به في العدّة تخيّر اثنتين ، فاذا اختارهما انفسخ نكاح البواقي و كان له العقد على اثنتين اُخريين ، ولو أعتق أوّلاً ثمّ أسلم ولحقن به تخيّر أربعاً » .

لكن في كشف اللثام « هذا يشمل ما إذا تقدّم العتق على إسلامهن أوتأخّر أوتوسّط ، و على الأوّل الأقوى وفاقاً للمبسوط والتذكرة والتحرير ثبوت النكاح على الجميع ، فانّ استقرار الاختيار من حين إسلامهن ، وهو حينئذ حرّ ، و على التوسّط بأن أسلم ثمّ أسلمت اثنتان أوأسلمتا معه ثمّ أعتق ثمّ لحقت به الاُخريان

في العدّة يحتمل ثبوت النكاح على الجميع من أنه لا يتعين عليه اختيار من سبقت إلى الاسلام ، لجواز التربص الى إسلام الباقيتين ، وإذا أسلمتا كان حراً ، والعدم كما في المبسوط من تحقق الاختيار من حين إسلام الأولتين و إن جاز له التربّص إلى إسلام الأخيرتين ، و هو حينئذ عبد ، وقد تبع بذلك ثاني الشهيدين الذي قد جعل وجه الفرق بين الصورة الأولى والمتأخرة وجود محل الاختيار حال العبوديّة ، فيتعين عليه اثنتان بخلافه في المتأخّرة ، وفيما لو أسلم معه واحدة و غير ذلك مما لا يتحقق معه خطاب الاختيار ، لعدم وجود موضوعه أو عدم كماله ، بخلاف ما لو أسلم معه اثنتان أو ثلاث مثلاً ، فان الاختيار قد يتحقق و إن كان له تأخيره الى التمام ، لكن تشخص أن اختياره اثنتين و إن أخر ذلك إلاّ أنه لا يتغير اختياره ، لأن الفرض تحقق موضوعه ، و هو عبد ، فيكون له اختيار العبد و إن تعقّبت الحرّية ، و قد شبهوا ذلك بما إذا طلّق العبد امرأته طلقتين ثم أعتق ، فانه لا يملك بالعتق طلقة ثالثة ولم يجز نكاحها إلاّ بمحلّل ، ولو طلقها طلقة ثم أعتق و نكحها أو راجعها ملك طلقتين ، و بما إذا كانت تحته حرّة و أمة فقسّم للحرّة ليلتين و للأمة ليلة ثم أعتقت الأمة ، فان أعتقت بعد تمام ليلتها لم تستحق زيادة ، وإن أعتقت قبل تمامها كمل لها ليلتين - ثم قال - : والعبارة الجامعة لهذه المسائل أن يقال : الرقية والحرية إذا تبدل أحدهما بالآخر فان بقي من العدد المعلق بكل واحد من الزائد والطارىء شيء أثر الطارىء وكان الثابت على العدد المعلق به زائداً كان أم ناقصاً ، وإن لم يبق منهما جميعاً لم يؤثر الطارىء ولم يغيّر حكماً ، ففي مسألتنا إذا أسلم معه حرّتان ثم عتق لم يبق من العدد المعلّق بالزائد شيء ، فلم يثبت العدد المعلق بالطارىء و إذا أسلمت معه واحدة بقي من العدد المعلق بالزائد شيء ، و من العدد المعلق بالطارىء شيء ، فأثر العتق و ثبت حكمه ، و على هذا قياس باقي المسائل ، ومما يتفرع على هذا الأصل ما لو طلق الذمي زوجته طلقتين ثم التحق بدار الحرب ناقضاً للعهد فسبي واسترق ونكح تلك المرأة باذن مالكه يملك عليها طلقة ، لأنه بقي من عدد الزائد شيء ، ولم يبق من عدد الطارىء شيء ، فلم يؤثر الطارىء ، ولو كان قد طلّقها طلقة فاذا نكحها لا يملك عليها إلاّ طلقة ، لأنه بقي من عدد الزائد طلقتان ومن عدد الطارىء طلقة ، وكان الثابت حكم الطارىء ، وهو الرّق » .

ولا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا ما في جميع ذلك حتّى الفرق بين المشبه والمشبه به، ضرورة أنّ العبد إذا طلق طلقتين وقع الحكم بالتحريم المحتاج الى محلّل ، فحصول العتق بعده لا يؤثر في رفعه ، و إذا مضى قرءآن وقع الحكم ببراءة الذمّة و بتحليلها للأزواج و كذا باقي النظائر بخلاف المقام ، فانه لا يصير مستوفياً لحقّه باسلام اثنتين معه ، و إنما يصير متمكناً من الاستيفاء ، والتمكين من الشيء لايحلّ محلّ الشيء ، و أما ماذكره من العبارة الجامعة لم نعرف مدركه ، بل هي محض دعوى بلادليل، والمتّجه ماعرفت من كون العبرة بالعتق قبل إسلامه و بعده ، ففي الأوّل يجري عليه حكم المسلمين الأحرار ، و في الثاني يجرى عليه حكم المسلمين العبيد ، لأن حال إسلامه هو حال جريان الأحكام عليه ، والاختيار وعدمه لا مدخل له في ذلك ، كما لا مدخل له في صدق تناول الأدلة التي هي حرّ أسلم عن أربع وعبد أسلم عن ذلك ، كما هو واضح بأدنى تأمّل ، والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾

﴿ اختلاف الدّين فسخ ﴾ قطعاً ﴿ لا طلاق ﴾ فلا يلحقه حكمه إلاّ بدليل ﴿ فان كان من المرأة قبل الدّخول سقط به المهر ﴾ الّذي هو بمنزلة العوض ، فاذا انفسخ العقد الّذي كان قد أوجبه قبل استيفاء المعوض رجع استحقاق العوض الى مالكه ، سيّما مع كون الفسخ من قبلها و إن كان بأمر واجب عليها ، من غير فرق بين كونه عيناً أوديناً ، تصرفت به أولا و تقصيره بعدم إسلامه لا يرفع مقتضى قاعدة الفسخ و ثبوته في ذمّته لوماتت أومات على القول به ، لعدم ثبوت كون الموت فسخاً ، ولذا جاز النظر واللمس والتغسيل و نحو ذلك ، وفي صحيح ابن الحجاج (١) عن أبي الحسن عليه السلام « في نصراني تزوّج نصرانيّة فأسلمت قبل أن يدخل بها ، قال :

---

(١) الوسائل الباب -٩- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٦ .

قد انقطعت عصمتها منه ، ولا مهر لها ، ولا عدة عليها منه » .

﴿ و إن كان من الرجل فنصفه على قول مشهور ﴾ تنزيلاً له منزلة الطلاق قبل الدخول ، وفيه منع ما يدل على التنزيل على وجه يقتضي ذلك ، ومن هنا استوجه غير واحد من المتأخرين ثبوت الجميع عليه ، بدعوى ايجاب العقد له أجمع ، فيستصحب ثبوته بعد أن لم يكن الفسخ من قبلها ، وتقصيرها بعدم الاسلام معه لا يرفع أصل استحقاقها الثابت لها بالعقد ، و فيه أن قاعدة الفسخ التي ذكرناها تقتضي رد كل عوض الى مالكه ، فيتجه حينئذ سقوط الجميع عنه ، خصوصاً بعد أن كان سبب الفسخ ليس من تقصيره ، بل من وجوب ذلك شرعاً عليه ، نعم قد يقال بثبوت النصف عليه ، لكونه القدر المتفق عليه بين القولين ، ولقوة إلحاقه به باعتبار كونهما معاً فسخا للنكاح قبل الدخول ، و إن كان الأخير كما ترى لا يخرج عن القياس المحرم ، أللهم إلا أن يكون مستنده بعض النصوص (١) الواردة في الارتداد المشبهة له بالطلاق .

﴿ وإن كان بعد الدخول ﴾ منه أو منها ﴿ فقد استقر ﴾ المهر ﴿ ولم يسقط بالعارض ﴾ منه شيء ، ضرورة تمامية المعاوضة حينئذ ولو بالانتفاع بالبضع آناً ما ، والفرض تعذر رده ، و إمكان رد مهر المثل مثلاً ليس رداً له هنا شرعاً ، لكون المقطوع به نصاً (٢) وفتوى استقرار المهر بالدخول ، و في المسالك إنه محل وفاق .

ولو أسلما دفعة بأن تقارن آخر الشهادتين منهما فلا فسخ ، ولو لم يعلم الحال وجهل التاريخ وأمكن الاقتران حكم به عند جماعة ، وإن علم عدم الاقتران أو قلنا: إن الأصل أيضاً يقتضي عدمه فلا شيء لها عليه على ما قلناه ، ولها الجميع أو النصف على القولين الآخرين ، بل لو ادعت سبقه وادعى سبقها كان القول قولها عليهما ، فتأمل جيداً .

---

(١) الوسائل الباب -٦- من أبواب موانع الارث الحديث ٤ من كتاب المواريث .
(٢) الوسائل الباب -٥٤- من أبواب المهور .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو كان المهر فاسداً ﴾ باختلال شرط من شروط صحّته عندنا كالمعلوميّة مثلاً لا من حيث تحريمه في شرع الاسلام كالخمر والخنزير الّذي سيذكر حكمه ﴿ وجب به مهرالمثل مع الدّخول ﴾ كالمسلمة المساوية لها في الفروع ﴿و قبله﴾ لا شيء لها إن كان منها و ﴿ نصفه إن كان ﴾ أي ﴿ الفسخ من الرّجل ﴾ على القول المشهور ، وجميعه على القول الآخر، ولا شيء على ماعرفت ، بل قد يشكل الأوّل بأنه مناف لقاعدة إقرارهم على ما وقع منهم حال كفرهم، فمع فرض جواز ذلك في دينهم وقد حصل القبض فيه يتّجه عدم رجوعها عليه بشيء .

﴿و﴾ إن كان قد دخل بها وأمهرها شيئاً مجهولاً بل ﴿ لو لم يسمّ ﴾ لها ﴿مهراً والحال هذه﴾ ودخل بها و كان في دينهم جواز ذلك لم يكن لها عليه شيء لما عرفت ، لكنه خلاف المصرح به في كلامهم ، بل قالوا لو لم يسمّ لها مهراً ولم يدخل بها و أسلم دونها ﴿ كان لها المتعة كالمطلقة ، و فيه تردّد ﴾ بل منع ، لما عرفت من عدم كون الفسخ طلاقاً وعدم ما يقتضي جريان أحكامه عليه ، فيتّجه حينئذ عدم شيء لها عليه ، للأصل و غيره وفاقاً لجماعة ، بل قد عرفت أنّ المتّجه ذلك مع الدّخول فضلاً عن عدمه لقاعدة الاقرار، أللّهم إلاّ أن يقال : إن استيفاء البضع من قبيل الأسباب الّتي تترتب عليها مسبباتها ، فهو حينئذ كاتلاف كافر مالاً من كافر مثلاً على وجه لم يلتزم به في دينهم ثمّ أسلم و كان من دين الإسلام التزامه به ، فانّه يجب عليه أداؤه له ، و قاعدة الاقرار إنما هي بالنسبة الى الصّحة والفساد في العقد مثلاً لا في نحو ذلك ، وما نحن فيه منه فتأمّل جيّداً .

﴿ ولو دخل الذمّي ﴾ مثلاً ﴿ وأسلم و كان المهر خمراً ﴾ مثلاً وقد أقبضه تماماً إياها حال الكفر لم يكن لها شيء بلا خلاف ولا إشكال، لأنّ «الاسلام يجبّ ماقبله» (١) ﴿و﴾ إن كان ﴿لم تقبضه﴾ منه ﴿قيل: يسقط﴾ لأنها قد رضيت به ،

(١) المستدرك الباب -١٥- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٢ و الخصائص الكبرى ج ١ ص ٢٤٩ و كنز العمال ج ١ ص ١٧ الرقم ٢٤٣ و الجامع الصغير ج ١ ص ١٢٣ .

فيدام حكم رضاها، وقد تعذّر إقباضه بعد الاسلام بالنسبة الى المستحق عليه ، فسقطت المطالبة به ﴿وقيل : يجب﴾ به ﴿مهر المثل﴾ لأنها لم ترض إلاّ بالمهر، والفرض امتناعه عليه بعد الأسلام ، فيرجع الى مهر المثل ، و عن طلحة بن يزيد (١) « سأل الصّادق عليه السلام عن رجلين من أهل الذمّة أومن أهل الحرب تزوّج كلّ منهما امرأة وأمهرها خمراً أوخنازير ثمّ أسلما فقال : النكاح جائز حلال ، ولا يحرم من قبل الخمر ولا من قبل الخنازير ، قلت : فان أسلما حرم عليه أن يدفع اليها الخمر والخنازير ، فقال : إذا أسلما حرم عليه أن يدفع اليها شيئاً من ذلك ، ولكن يعطيها صداقاً .

﴿وقيل: يلزمه قيمته عند مستحليه، وهو أصحّ﴾ عند المصنف . لأنه أقرب شيء اليه ، كما لوجرى العقد على عين وتعذّر تسليمها ، ولأن مهر المثل قد يزيد عن قيمة المسمى مع اعتراف الزوجة بعدم استحقاقه، وقد ينقص مع اعتراف الزّوج باستحقاقها الأزيد ، ولوجوب قيمة الخمر لوأتلفها متلف على ذمي و ترافعا الينا ، ولخبر زرارة (٢) قال للصادق عليه السلام « النصراني يتزوّج النصرانية على ثلاثين دنّ خمراً وثلاثين خنزيراً ثمّ أسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها ، قال : ينظر كم قيمة الخمر وكم قيمة الخنزير فيرسل به اليها ثمّ يدخل عليها ، و هما على نكاحهما الأوّل » و لعلّه غير مناف للأوّل الذي يمكن إرادة ذلك من الصّداق فيه لامهر المثل، نعم قد يشكل بضعف الخبر، كما أنّه قد يشكل سابقه بذلك أيضاً. والأوّل أوفق بأصول المذهب ، كأصل البراءة و قاعدة جبّ الاسلام و غير ذلك ، و من هنا يقوى حينئذ سقوط المهر .

و على كلّ حال فظاهرهم بل صريح البعض عدم الفرق في ذلك كلّه بين أن يكون خمراً معينة أو كلية ، لاشتراكهما في تعذّر الدفع ، لكن قد يقال مع التعيين وإمكان قبض الزوجة إياها بنفسها يتوجّه عدم مطالبتها بمهر المثل أوالقيمة ، وإن كان قد قبضت بعضاً و بقي بعض سقط عن الزوج بقدر المقبوض ، ووجب بنسبة الباقي

(١ و ٢) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من أبواب المهور الحديث ١ ـ ٢ .

الى المجموع عن مهرالمثل أوالقيمة ، فان كان المهر عشرة أزقاق خمراً وقد قبضت خمسة فان تساوت الأزقاق قيمة عند مستحليها برأ من النّصف قطعاً فانّ النّصف عدد اوقيمة وإن اختلف قيمةً احتمل اعتبارالعدد، إذ لا قيمة لها ، فيكون قد قبضت النّصف أيضاً تساوت الأزقاق صغراً وكبراً أم اختلفت ، واحتمل اعتبار الكيل أوالوزن ، فانها ليست من المعدودات فإنما يتحقق قبض النصف إذا اتّحد الزّق أوتساوت الأزقاق فيالسعة والامتلاء ، أوعينا الكيل فيالعقد فقبضت نصف ما عيّن ، كما هوواضح ، والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة ﴾

﴿إذا ارتدّ المسلم بعدالدّخول حرم عليه وطء زوجته المسلمة﴾ قطعاً ، بل و غيرالمسلمة على ما عرفته سابقاً ، من غير فرق بين كونه عن ملّة و فطرة ، بل وبين ما قبلالدّخول وبعده، ولكن خصّه بالثاني ليترتب عليه ما بعده ، ثمّ إنكان عن فطرة بانت عنه مطلقا ، فلو وطأها حينئذ بشبهة فعليه مهر آخر للشبهة إن كانت له ذمّة ﴿و﴾ إن كان عن ملّة ﴿وقف﴾ انفساخ ﴿نكاحها﴾ منه ﴿ على انقضاء العدّة ﴾ فان عاد اليالاسلام فيها بان استمرارالنكاح ، وإلاّ بان انفساخه من أوّل الارتداد كما عرفته سابقاً .

﴿ فلو وطأها ﴾ حينئذ ﴿ لشبهة و بقي على كفره الى انقضاء العدّة قال الشيخ : ﴾ كان ﴿عليه مهران : الأصلي بالعقد وآخرللوطء بالشبهة ، وهو يشكل بأنها في حكم الزوجة إذا لم يكن عن فطرة ﴾ فلا يترتّب على وطئه شيء ، و لهذا لورجع لم يفتقر الى عقد جديد ، فليس الارتداد حينئذ إلاّ كالطلاق الرجعي الذي لا يوجب البينونة ، ويدفع بأنّه قد بان ببقائه علىالكفر أنها قد بانت منه بأوّل ارتداده ، وليس في شيء منالأدلة ما يقتضي كونها بحكم الزوجة حتّى بالنسبة الى

ذلك ما دامت العدّة ولو تشبيهاً بها أوفي حكم التشبيه كي تكون حينئذ كالمطلقة رجعياً ، و إثبات بعض اللوازم كالارث ونحوه لا يقتضي ثبوت الجميع ، وما في بعض النصوص (١) من تشبيهها بالمطلقة لا يقتضي إرادة الرجعية ، خصوصاً بعد ما في آخر (٢) من أنها كالمطلقة ثلاثاً فتأمّل جيّداً .

و على كلّ حال فالمراد بالشبهة في المتن أنّه وطأها غير عالمة و غير عالم بحرمة ذلك عليهما ، و قد يحتمل كون المراد شبهة شرعاً فلا يقدح حينئذ علمها بالتحريم .

ثمّ لا يخفى عليك جريان المزبور في ارتداد الامرأة أيضاً ، إذهما من واد واحد ، بل لا فرق فيها بين كون ارتدادها عن فطرة أوملّة ، لما عرفت من عدم بينونتها بالفطري ، لقبول توبتها ، والله العالم .

المسألة « السادسة »

« إذا أسلم وعنده أربع وثنيّات » غير مدخول بهنّ بنّ منه و إن كنّ « مدخولاً بهنّ » لم يحكم بالبينونة منه حتى تنقضي العدّة وهنّ على كفرهنّ و حينئذ « لم يكن له العقد على اُخرى » خامسة « ولا على اُخت إحدا » هنّ أي « زوجاته » الّتي أسلم عنهنّ على وجه يدخل بها ويعاملها معاملة الزوجة « حتّى تنقضي العدّة مع بقائهن على الكفر » لكونه منهياً عن الخامسة وعن اُخت الزوجة ، ولا يتم امتثال ذلك إلاّ باجتناب هذين ، لاحتمال كونهما خامسة واُخت زوجة ، والتمسّك بأصالة عدم الاسلام في العدّة لا يرفع باب المقدمة بعد أن كان الاسلام

(١و٢) الرسائل الباب -٦- من أبواب موانع الارث الحديث ٣ من كتاب المواريث و الثاني بطريق الشيخ (قده) .

وعدمه كاشفاً عن بقاء الزوجيّة وعدمها لا شرطاً مؤثراً، إذهو حين إسلامه إمّا أن يكون ذا أربع أولا في الواقع ، وناكحاً للاُخت أولا فالمعقود عليها حينئذ قبل انكشاف ذلك من مشتبه الموضوع لايجوزالاقدام عليها ،كالامرأة المشتبهة حالها أنها اُمّ أولا، وبذلك يعلم أن من عقد على امرأة فضولاً لم يجز له أن ينكح اُمها قبلالاجازة على وجه يتصرّف بها، لاحتمال انكشاف أنها اُم امرأة كما أوضحناه سابقاً .

نعم له العقد على وجه يترتّب عليه آثاره ، فاذا بقين على الكفر انكشف تأثيرالعقد حينئذ ، لانكشاف عدمالمانع حينه، ودعوى مسلوبيّة هذهالعبارة حينئذ و إن بان بعد ذلك مصادفتها للحكم بكونهنّ كالزّوجات بالنسبة الى ذلك ، نحوالمطلقة رجعيّاً فأنّهلايجوزلهالعقد علىاُختها وإن استمرّعلىعدمالرّجوع بها حتّى انقضت العدّة ممنوعة بعد حرمة القياس ، ضرورة عدم دليل يدل على أنهنّ بحكم الزوجات على وجه يشمل ذلك بخلاف المطلقة رجعيّاً ، و مجرّد انكشاف الزوجية وعدمها بالاسلام فيالعدّة وعدمه لايقتضي ذلك ، لكونه أعم منه فتأمّل فانّه ربما دق ، وحينئذٍ لابأس بحمل نحو عبارة المتن على ما ذكرناه وإن كان هوخلاف ظاهر ثانيالشهيدين والفاضل ، حيث إنّهما جعلا ذلك احتمالاً بعد أن ذكرالأوّل ظاهرالعبارة ، لكن لايخفى ما فيه .

﴿ ولو أسلمت الوثنيّة فتزوّج زوجها باُختها قبل إسلامه ﴾ لجواز ذلك في دينه ﴿ وانقضت العدّة ﴾ لاُختها ﴿ وهو على كفره صحّ عقد الثانية ﴾ واستقر لظهوربينونة الاُولى حينئذ منه باسلامها، فيكون حينئذ عقدالثانية لامعارض له ، وكونه لوأسلم تكون الاُولى زوجة له غير قادح بعد جواز مثله في دينه ، وليس هو كالمتزوّج اُخت الزوجة في عدّة الاُخرى الرجعيّة .

﴿ نعم لوأسلما ﴾ معاً ﴿ قبل انقضاء عدّة الاُولى تخير ﴾ لأنه قدبان أنّ الاُولى زوجة له ، والفرض أنّ الثانية قد تزوّجها في حال كفره الّذى يقرّ عليه، فيكون ﴿ كما لوتزوّجها وهي ﴾ أيالاُولى ﴿كافرة﴾ وأسلموا جميعاً، وقدعرفت

أنّ الحكم فيه التخيير ، بل هو كذلك أيضاً لوأسلم هو في عدّة الاُولى و أسلمت هي بعد انقضائها قبل انقضاء عدّتها ، للحكم بكونهما معاً زوجتين له ، لانكشاف كون الاُولى زوجة من حين إسلامها باسلامه في عدّتها ، وانكشاف كون الثانية زوجة له أيضاً من أوّل إسلامه باسلامها في عدّتها، فيتّجه التخيير، لا أنّه يستقرّ عقدالاُولى وتبين الثانية منه ، كما عساه يوهمه ظاهر عبارةالمتن ، نعم لوأن إسلام الثانية قدكان بعد انقضاء عدّتها اتّجه ذلك ، لا في الفرض الّذي قدبان أنّها زوجة له باسلامها في عدّتها ، كما هو مقتضى إطلاق الأدلّة و إن كان قد انقضت عدّة الاُولى و هو واضح ، و مثل هذا البحث يأتي فيما لوأسلم زوجاته الأربع المدخول بهنّ فتزوّج خامسة دخل بها ، ثمّ أسلم و تأخّر إسلامها حتّى انقضت عدّة الأربع ثمّ أسلمت في عدّتها ، والله العالم .

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿إذا أسلم الوثني﴾ على وثنيّته بعدالدّخول ﴿ثمّ ارتدّ وانقضت عدّتها﴾ وهي باقية ﴿على الكفر﴾ من حين إسلامه ﴿فقد﴾ بان أنها ﴿ بانت منه ﴾ من أوّل إسلامه المقتضي لانفساخ النكاح في مثل ذلك ﴿و﴾ هوواضح، نعم ﴿لوأسلمت﴾ هي ﴿في العدّة﴾ بان عدم الانفساخ بالاسلام ، ولكن انفسخ بالارتداد ، ﴿و﴾ حينئذ فلابد من ضرب عدّة لها من حين الارتداد فان ﴿ رجع الى الاسلام في العدّة فهو أحق بها ﴾ لانكشاف عدم فسخ النكاح بالارتداد ، لأنّ المسلّم منه المستمر الى ما بعد انقضاء العدّة ، لا ما إذا رجع فيها، ودعوى عدم انكشاف كونها زوجة باسلامها وهومرتدّ يدفعها إطلاق الأدلة القاضي بأنها زوجة له حال إسلامه، فحينئذ يكون الارتداد وارداً على النكاح الصحيح ، فينفسخ من حينه إن بقي مستمراً الى انقضاء العدّة ﴿و﴾ إلاّ تبين عدم الفسخ به ، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة السّابقة ، نعم

﴿ إن خرجت ﴾ العدّة ﴿وهو كافر فلا سبيل له عليها ﴾ وبان أنها بانت منه من حين ردّته ، وكذا لوانعكس الفرض بأن أسلمت هي أوّلاً ثمّ ارتدّت ، وعلى كلّ حال فليس له العود اليها ، بذلك العقد حال ردّته ، لأنها إن كانت مسلمة فلايجوز نكاح المرتد لها ، و إن كانت كافرة فلفساد النكاح بين المرتدّ والكافر كفساده بينه و بين المسلم ، لأنّ علقة الاسلام باقية عليه ، ولذلك لا يقر عليه ، بل يقتل إن كان فطرياً وكان رجلاً ، و يستتاب إن كان ملياً ، فان لم يتب قتل إن كان رجلاً ، و إن كان امرأة حبست وضربت وضيّق عليها في المأكل والمشرب ، كما سمعت الكلام فيه سابقاً ، بل لوكانت هي مرتدة مثله أيضاً انفسخ النكاح بينهما كما عرفته فيما مضى، هذا كلّه بالنسبة الى الرّجوع اليها .

أما غيرها كما لوفرض أنه تزوّج وهومرتدّ بامرأة ثمّ عاد الى الاسلام في عدّة الاُولى لم يحكم بصحّة نكاحه فان ّ أقصى الأدلة البقاء على النكاح الأوّل بالرّجوع ، لا أنّه به ينكشف قابليّته للنكاح المبتداء ، و كذا لوأسلمت زوجة الكافر و فرض نكاحه لمسلمة بعدها ثمّ أسلم هو في العدّة ، فانه لايصحّ نكاحه المسلمة وإن انكشف باسلامه بقاء نكاحه السّابق ، لكن ذلك بالنسبة اليه خاصّة ، لا أنه ينكشف بذلك أنه بحكم المسلم بالنّسبة الى ذلك حتّى بالنّسبة الى النكاح المبتدأ فانّه لا دليل عليه ، بل ظاهر مادل على عدم جواز نكاح الكافر المسلم خلافه كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة ﴿ الثامنة ﴾

﴿ لوماتت إحداهنّ ﴾ مثلاً ﴿ بعد إسلامهنّ قبل الاختيار لم يبطل اختياره لها ﴾ للأصل ﴿ فان اختارها ورث نصيبه منها ، و كذا لومتن كلهنّ كان له الاختيار ، فاذا اختار أربعاً ورثهنّ ﴾ لايقال : إنهنّ حرمن عليه باسلامه

قبل إسلامهن ، فاذا أسلمن احتاج العود الى الحل الى سبب يوجبه ، و قد خرجن عن أهلية ذلك ومجرد إسلامهن ليس سبباً تاماً في الحل ، بل لابد فيه من الاختيار، فاذا متن قبل تمام السبب المبيح ينبغي البطلان ، كما لومات أحد المتعاقدين قبل تمام السبب المملك بالقبول أوالقبض ﴿لا﴾ أنا نقول : ﴿ ان الاختيار ليس استئناف عقد ﴾ حتى يبطل بالموت قبل تمامه ﴿ و إنما هو تعيين لذات العقد الصحيح ﴾ المتحقق في ضمن الجميع ، فلا نقصان للسبب الموجب للارث ، فانه الزوجية ، وهي متحققة في جملتهن ، والمانع كان هوالكفر وقد زال ، غايته زيادتهن على العدد المعتبر ، والأمر فيه إليه لا إليهن ، وليس الموت فاسخاً للزوجية ، و لذا يجوز للزوج تغسيل زوجته والنظر اليها ، كما أن الاختيار ليس مشروطاً بالحياة و إن كان ظاهر قوله ﷺ (١) : « أمسك أربعاً » الحياة ، لكنه ظهور مورد لا شرط ﴿و﴾ حينئذ فيتجه التمسك بالاستصحاب فيما يتحقق فيه من أفراد ذلك ، و يتم بعدم القول بالفصل .

نعم ﴿لومات ومتن﴾ معه قبل الاختيار ﴿قيل: يبطل الخيار﴾ بل لا أجد فيه خلافاً بين من تعرض له من أصحابنا، لأصالة عدم ثبوته لغيره ، خصوصاً مع ابتنائه على الشهوة المختصة به، فاحتمال قيام وارثه مقامه فيه قياساً على الخيار في المال مثلاً ولا طلاق قوله ﷺ (٢) : « ما كان للميت فهو لوارثه » مدفوع بذلك .

﴿و﴾ لكن ﴿الوجه﴾ عند المصنف ﴿استعمال القرعة، لأن فيهن وارثات﴾ للربع أوالثمن إن مات قبلهن ﴿وموروثات﴾ إن متن قبله، ووارثات وموروثات إن مات بعضهن قبله و بعضهن بعده، فلم يعلم المستحق أو المستحق عليه مع انحصاره في جملتهن،

---

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٢ .

(٢) لم نعثر على هذا اللفظ بعد التتبع التام في مظانها و انما الموجود « من مات و ترك مالا فلورثته » أو «فللوارث» كما في الوسائل الباب ـ ٣ ـ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والامامة الحديث ٣ و١٤ و مسند أحمد ج ٢ ص ٢٩٠ و٤٥٣ و٤٥٦ و ج ٣ ص ٢٩٦ و ٣٧١ و ج ٤ ص ١٣١ .

فيستخرج بالقرعة التي هي لكل أمر مشكل ، وربما أشكل ذلك بأنها لتعيين ماهو معين عندالله مشتبه عندنا فيالظاهر ، و هو هنا ليس كذلك ، لأن التعيين موكول الىالزوج لاإلىالله تعالى وإن كان هوالذى يلهمه الاختيار ، ولايقال : إن الله تعالى يعلم من يختارها منهن لواختار و إن لم يوجد منه اختيار ، لأنا نقول : إن الله تعالى يعلم الأشياء على ما هى عليه فالمعين في نفسه يعلمه معيناً وإن اشتبه علينا، والمبهم فينفسه يعلمه مبهما فلايمكن تخصيص إحداهن بالميراث عندنا ولاعندالله .

و من هنا قيل : إن الوجه الايقاف حتى يصطلح و رثتهن على التساوى أوالتفاوت ، لأن الحق منحصر فيهم ، وفيهم من يستحق ومن لايستحق ، ومال اليه فيالمسالك تبعاً للكركى ، و قيل : يقسم ذلك بالسوية فيأخذ وارث كل واحدة نصيبها ، لأن البيان غير متوقع ، مع اعتراف الجميع بالاشكال ، و أنه لا مزية لإحداهن علىالأخرى فاشتبه المال بينالمدعيين مثلا .

وربما أشكل بأنه إعطاء غيرالمستحق قطعاً بخلاف المال بينالمدعيين ، فان التشريك بينهما محتمل بخلافالمقام المعلوم فيه عدمالاشتراك ، ويدفع بمنع اعتبار احتمال التشريك فيما ثبت فيه ، لا طلاق دليله المبني على إعمال كل منالدعويين واليدين فيغير محل التعارض وإبطالهما فيه ، فليس إلا الاشتراك بينهما بالنصف إن كانا اثنين ، نعم ما نحن فيه ليس من ذلك ، لاعتراف الجميع بأن المستحق أربع ، وعدم الدعوى منهن بأنهن الأربع لا غيرهن .

كما أنه قديشكل سابقه بأن فيالايقاف حتى يصطلح الجميع تعطيلاً للحق عن أهله المطالبين به و مثاراً للنزاع الذي لم يعهد منالشارع إهماله ، فيتعين القرعة حينئذ .

و يدفع ما سمعته من إشكالها (أولا) بمنع اعتبار الاشتباه في موضوعها ، لا طلاق أدلتها من الآية (١) والرواية (٢) و (ثانياً) بمنع عدمالاشتباه هنا ، فانه

---

(١) سورة آل عمران : ٣ ـ الاية ٤٤ وسورة الصافات : ٣٧ ـ الاية ١٤١ .

(٢) الوسائل الباب ـ١٣ـ من أبواب كيفية الحكم منكتابالقضاء .

باسلامه و إسلامهنّ مثلاً بنّ منه أربع و بقين أربع في علم‌الله ولو باختياره المستقبل ، إذ لامعنى لقيام البينونة والزوجيّة في موضوع مبهم في‌الواقع ، بل هو غير متصوّر ، نعم باختياره ينكشف أن هذه‌الأربع هي الّتي باقية على‌الزوجية من أوّل الأمر ، لا أنّ‌الاختيار جزء سبب‌النكاح ولا سبب في‌الاقتران ، وحينئذ تكون القرعة في محلّها .

ويقوى في‌النظر التخيير للحاكم المعد لحسم مادة النزاع بين استعمال القرعة في‌حسمه وبين‌القسمة على‌السّواء بينهم ، ولا يتعيّن أحدهما ، وربما كان ذلك مراد المصنّف بقرينة ما تسمعه منه فيما يأتي فيما لومات دونهنّ ، حيث قال : « والوجه القرعة أوالتشريك » فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

﴿ ولومات الزّوج ﴾ خاصّة ﴿ قبل ﴾ اختيار أربع منه﴿هنّ كان عليهنّ ﴾ أجمع ﴿ الاعتداد منه، لأنّ منهنّ من تلزمه العدّة ﴾ بالوفاة ﴿ ولمّا لم يحصل الامتياز ألزمن ﴾ أجمع ﴿ العدّة احتياطاً ﴾ فان لم‌يكن قد دخل بهنّ وكن ذميّات أوقارن إسلامه إسلامهنّ فليس إلاّ عدّة الوفاة ، وإن كان قد دخل بهنّ ألزمن‌العدّة ﴿ بأبعد الأجلين ، إذكلّ واحدة ﴾ منهنّ ﴿ تحتمل أن‌تكون هي‌الزوجة وأن لا تكون ﴾ هي‌الزوجة ﴿فالحامل تعتد بعدّة الوفاة ووضع‌الحمل﴾ وفي‌بعض‌النسخ « تعتد بأبعد الأجلين من عدّة الوفاة ووضع الحمل » وعلى كلّ حال فالمراد واضح وإن‌كان التعبير الأوّل فيه تجوز ، لأنّ عدّة الوفاة للحامل هي أبعد الأجلين ، فاطلاقه عدّتها على عدّة الوفاة من إطلاق اسم المجموع على بعض أفراده ، والأمر سهل .

﴿و﴾ أمّا ﴿ الحائل﴾ ف﴿تعتد بأبعد الأجلين من عدّة الطلاق ﴾ ثلاثة أقراء أوثلاثة أشهر ﴿و﴾ عدّة ﴿ الوفاة ﴾ أربعة أشهر و عشراً ، و إنما اكتفي بالتداخل في‌العدّتين لأنّ‌المعتبر عدّة واحدة ، والتكليف بالزائد للاشتباه و كيف كان فابتداء عدّة الوفاة من حينها قطعاً، أما الأقراء فمن‌التذكرة « يحتمل الاعتبار من وقت إسلامهما إن اقترنا ، ومن حين إسلام من سبق إسلامه إن تعاقبا فيه، لأنّ

الأقراء إنما تجب لاحتمال مفارقة من انفسخ نكاحها ، والانفساخ يحصل من ذلك الوقت » واعترضه في جامع المقاصد بأن « لقائل أن يقول : إنّ الانفساخ إنما يحصل من حين المفارقة بالاختيار ولم يتحقّق ذلك ، فينبغي أن يكون ابتداء عدّته من حين الوفاة ، لامتناع التأخّر عنه و انتفاء مايدل على التقدّم عليه ، لأن إسلامهما أو إسلام الأسبق منهما لايقتضي المفارقة قطعاً » وفيه أنه يمكن القول بأنّ الاختيار حيث يحصل يكشف عن الفرقة من حين الاسلام المقتضي لبينونة مازاد على النصاب ، فتأمّل .

ثمّ لايخفى عليك عدم الخلاف ظاهراً منهم في وجوب العدّة على الجميع بنحو ماعرفت ، لكن فيه أنّه لايتم على تقدير استخراج الوارثات منهنّ بالقرعة القاضية بكون الزّوجات الّتى خرجن بها ، فيتجه حينئذ عدّة الوفاة عليهنّ والفراق على غيرهنّ ، اللّهم إلاّ أن يقال : إنها بالنسبة الى خصوص الارث ، و منه يعلم قوّة ما ذكرناه سابقاً من أنها هنا طريق للحاكم في حسم النزاع كالتشريك ، لا أنها معيّنة للموضوع الّذى تجرى عليه جميع الأحكام ، والله العالم .

المسألة ﴿ التاسعة ﴾

لاخلاف أجده بين من تعرّض لذلك في أنّه ﴿إذا أسلم وأسلمن﴾ معه وكنّ كتابيات ﴿ لزمه نفقة الجميع حتّى يختار أربعاً ، فتسقط نفقة البواقى﴾ من حين الاختيار لا قبله ﴿ لأنهن ﴾ فيه ﴿ في حكم الزّوجات ﴾ و إن زدن على النصاب كالمطلقة رجعيّاً ﴿ وكذا لو أسلمن أو بعضهنّ و هو على كفره ، و ﴾ حينئذ ف﴿لو لم يدفع النفقة كان لهن المطالبة بها عن الحاضر والماضي﴾ لأنّها من الديون ﴿سواء أسلم أو بقي على الكفر﴾ ولا يقدح في ذلك عدم تمكينه من الاستمتاع بعد أن كان المنع شرعيّاً بالكفر أو عدم الاختيار الحابس لهنّ ، نعم قد يشكل ذلك بأنه بالاسلام

قد بانت منه زوجيّة الزائد ، فالواجب عليه نفقة أربع توقف حتّى يصطلحن عليها أويقرعن عليها أوتقسم بالسّوية بينهنّ ، بل قد يتجه اختصاصها بمن يتعقبهن الاختيارالكاشف عن كونهنّ زوجات من حين الاسلام وعن عدم زوجيّة غيرهنّ حينه أيضاً ، بل قديشكل وجوب النفقة عليه لغيرالزائد مع فرض استمرار الكفر الكاشف عن البينونة من حين الاسلام ، و دعوى كونهنّ بحكم الزّوجات قبل الانكشاف كالمطلقة رجعيّاً يدفعها عدم الدليل على ذلك ، و مجرّد المشاركة للرجعيّة في بعض الأحكام لايقتضي المساواة في الجميع الّذي منه ما نحن فيه ، خصوصاً بعد معلوميّة المخالفة لها في الارث وغيره ، كما أومأنا إليه سابقاً، ودفع الأوّل بوجوب الانفاق على الجميع و إن زدن على النصاب للمقدّمة يدفعه معلومية كون المراد الانفاق من حيث الزوجيّة الّذى يكون مع عدم القدرة عليه ديناً في الذمّة ، ومن المعلوم عدم اقتضاء خطاب المقدّمة ذلك ، كما هو واضح .

ألّلهم إلاّ أن يقال : قال الصادق عليه السلام في خبر الحضرمى (١) « إذا ارتدّ الرّجل المسلم عن الاسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلقة ، و إن قتل أومات قبل انقضاء العدّة فهي ترثه في العدّة ، ولا يرثها إن ماتت و هو مرتد عن الاسلام » و فيه دلالة على أنها بحكم المطلقة رجعيّاً ، و لذا ورثت ، و فيه أنه لا تلازم بين هذا الحكم و غيره ، و لذا صرّح في خبره الآخر (٢) بأنها « تبين منه كما تبين المطلقة ثلاثاً و أنها ترثه لومات في العدّة » على أنّ الكلام هنا في الزائد على الأربع فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لا تلزمه النفقة لوأسلم دونهنّ﴾ وكنّ و ثنيات ﴿لتحقّق منع الاستمتاع منهنّ﴾ بعدم الاسلام الواجب عليهنّ ، فهنّ حينئذ كالنواشز فتسقط النفقة حينئذ عنه وإن أسلمن بعد ذلك و بان به أنهنّ زوجات من حين إسلامه ، بلا خلاف أجده فيه أيضاً بين من تعرّض له ، لكن قد يخدش بأنّ

(١و٢) الوسائل الباب ـ٦ـ من أبواب موانع الارث الحديث ٣ من كتاب المواريث و الثاني بطريق الشيخ (قده) .

المقتضي للانفاق تحقّق الزوجيّة ، والفرض أنها كذلك عندهم ، و إنما المعلوم من إسقاطه عصيان الزوجة فيما يجب عليها من الخطاب من حيث الزوجيّة ، لا عصيانها بمخالفة الخطاب الآخر و إن استلزم ذلك عدم جواز وطئه إياها ، فهو منع شرعي لا منع منها ، وإلاّ فهي ممكّنة له من الوطء على هذاالحال ، إلاّ أنّ الشارع لم يجوّز له وطء الكافرة . اللّهم إلاّ أن يقال : إنّ الأصل براءة الذّمة منالنفقة ، إنما المعلوم من وجوبها معالتمكن من وطئها على وجه يشمل المقام ، بل يكفي فيالسقوط الشكّ في تحقّق شرط الوجوب .

﴿و﴾ لعلّ من ذلك يعلم الحكم فيما ﴿ لو اختلف الزوجان فيالسّابق الىالاسلام ﴾ بعد اتفاقهما على عدمالاقتران ﴿و﴾ان المصنّف وغيره بل نسبه ثاني الشهيدين إلى الأصحاب ، ذكروا أنّ ﴿ القول قول الزوج ، استصحاباً للبراءة الأصلية ﴾ إذ لاريب في ابتناء ذلك على الشّك في تحقّق شرط وجوب الانفاق ، بخلاف ما لوقلنا إنّالزوجيّة سببه ، فالنّفقة حينئذ ثابتة ، والنزاع فيالمسقط ، والأصل عدمه ، فيكون القول قولها ، كما عن قول الشافعية واستوجهه فيالمسالك ، لكن في كشف اللثام يدفعه أنّالنفقة ليست أمراً واحداً مستمراً من حين النكاح ، و إنما تثبت يوماً فيوماً ، والأصل في كلّ يوم عدمها إلى أن يثبت موجبها ، وهوالتمكين ، و فيه أن بناء الوجوب كما عرفت على أنّالزوجيّة سبب الانفاق ، وهو مستمر في كلّ يوم حتّى يعلم تحقّق المسقط ، وهو كونالمنع منها .

ولو ادّعى السبق بالاسلام قبل الوطء الموجب للبينونة بمجرّد الاختلاف ففي القواعد « إنّالقول قولها ، لأنّالأصل بقاء استحقاق المهر الّذى قد وجب بالنكاح و إنما يسقط بالمسقط ، والأصل عدمه » وفيه إنّالأصل عدمالوطء .

ولو قالت : أسلمنا معاً فالنكاح باقٍ ، وقال : بل أسلمت قبلي أوأسلمت قبلك ولم تكن مدخولاً بها ففي تقديم قوله أوقولها إشكال من تعارض الأصل والظاهر ، ولوقال للوثنية : أسلمت بعد إسلامي بشهرين فلا نفقة لك عليّ إلاّ فيما بعدهما ، فقالت : بل بشهرٍ أوقال : أسلمت بعدالعدّة فلا نفقة ولا نكاح ، فقالت : بل فيها

قدّم قوله ، لأصالة تأخّر الحادث ، والبراءة من النفقة ، ولا يعارضهما أصالة صحّة النكاح ، فانّ الاختلاف في الدّين معلوم ، و هو مما يرفع النكاح رفعاً مراعى ، فالأصل بطلان النكاح إلى أن يسلم في العدّة ، والله العالم .

﴿ ولومات ﴾ الزوج قبل الاختيار دونهنّ ﴿ ورثه أربع منهن ّ ﴾ و﴿لكن لمّا لم يتعيّن ﴾ قيل: ﴿ وجب إيقاف الحصة عليهنّ حتّى يصطلحن ﴾ بالتساوى أوالتفاوت ﴿ والوجه ﴾ عندالمصنّف هنا أيضاً ﴿ القرعة أوالتشريك ﴾ وفي المسالك « إن مراده الاشارة إلى وجهين في المسألة لا إلى التخيير » قلت : قد عرفت فيما مضى أن هذه المسألة وما تقدّم من وادٍ واحدٍ ، ضرورة جريان هذه الوجوه في وارثهن ، إذ لافرق بينهنّ و بينه بعد أن كان الاختيار لغيرهنّ و فرض عدمه ، ومنه يعلم أن مراد المصنّف هناك بذكر القرعة على أنها أحد الفردين و حمل ما هنا منه على الاشارة إلي الوجهين ليس بأولى من حمله على إرادة التخيير للحاكم بعد عدم الصّلح منهنّ في حسم النزاع بين الأمرين الرافعين للترجيح بلا مرجح ، كماعساه يومىء الى ذلك ما عرفته سابقاً من عدم جريان حكم القرعة في الاعتداد ، ولو أنها لتشخيص الموضوع اتّجه حينئذ إجراء أحكامه عليه ، و احتمال أنها لتشخيصه بالنسبة الى الارث خاصّة دون الاعتداد خلاف المعهود فيما يستخرج بالقرعة .

و كيف كان فلوكان فيهنّ وارثات وغير وارثات فلا ايقاف لهنّ ، بل لايورثن إذا كنّ غيرالوارثات أربعاً فما فوقهن ، كما لوكان معه أربع وثنيات و أربع كتابيات فأسلم الوثنيات خاصّة ثمّ مات قبل التعيين وفاقاً للقواعد والمحكي عن المبسوط ، لعدم العلم بأن له زوجة وارثة ، لاحتمال أن يكون الزّوجات منحصرة في غير الوارثات ، خلافاً للمحكي عن التذكرة ، فاستقرب الايقاف ، لعدم العلم باستحقاق الورثة جميع التركة ، لاحتمال زوجيّة الوارثات منهنّ ، كما يوقف الميراث إذا كان حمل ، والشك في أصل الاستحقاق لا يمنع الوقف ، كما في الحمل أيضاً ، فانّ الاستحقاق أيضاً مشكوك فيه ، و ربما أشكل بأنّ الشك في الحمل يرجى زواله بخلاف ذلك ، ولوأسلم الكتابية بعدالموت قبل القسمة فالأقرب إيقاف الحصّة ،

لعدم الفرق على الأصح في إرث الكافر إذا أسلم قبل القسمة بين الزوجة و غيرها ، كما تسمعه في الميراث ، ومنه يعلم ما في قول المصنّف : ﴿ ولو مات قبل إسلامهن لم يوقف شيء ، لأنّ الكافر لا يرث المسلم ﴾ مطلقا أو إذا كان زوجاً ، وأنّ الأصح قوله : ﴿ و يمكن أن يقال : ترث من أسلمت قبل القسمة ﴾ .

المسألة ﴿ العاشرة ﴾

﴿ روى ﴾ الشيخ والصّدوق عن ابن محبوب عن الحكم الأعمى وهشام بن سالم عن ﴿ عمار الساباطي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام ﴾ قال : « سألته عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة حرّة فتزوّجها ، ثمّ إنّ العبد أبق فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد ، فقال : ليس لها على مولاه نفقة ، وقد بانت عصمتها ، فان إباق العبد طلاق امرأته هو بمنزلة المرتد عن الاسلام ، قلت : فان هو رجع الى مواليه ترجع اليه امرأته قال : إن كان قد انقضت عدّتها منه ثمّ تزوّجت بغيره فلا سبيل له عليها وإن كانت لم تتزوّج - وفي التهذيب ولم تنقض العدّة - فهي امرأته على النكاح الأوّل» وقد نقل المصنّف مضمونها فقال: ﴿ إنّ إباق العبد طلاق امرأته وإنه بمنزلة الارتداد ، فان رجع وهي في العدّة فهي امرأته بالنكاح الأوّل، وإن رجع بعد العدّة وقد تزوّجت فلا سبيل له عليها ﴾ وعمل بها الصّدوق على ما حكي عنه، والشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة، قال الأوّل: «إذا أذن الرّجل لعبده في التزويج فتزوّج ثمّ أبق لم يكن لها على مولاه نفقة ، وقد بانت من الزوج ، وعليها العدّة منه، فان رجع قبل خروجها من العدّة كان أملك برجعتها ، و إن عاد بعد انقضاء عدّتها لم يكن له عليها سبيل » وقال ابن حمزة : « وإذا تزوّج عبد بأمة غير سيّده ورضي سيّداهما ثمّ أبق العبد بعد الدّخول بانت منه و لزمتها العدّة ، فان رجع قبل انقضائها كان أملك بها ، و إن رجع بعد انقضاء العدّة لم يكن له عليها سبيل ، ولا يلزم سيّده

(١) الوسائل الباب -٧٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ والباب -٣٥- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق .

النفقة » .

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿ في العمل بها تردّد ﴾ ليس ﴿ مستنده ضعف السّند ﴾ إذ هو من الصّحيح أو الموثق ، و كلّ منهما عندنا حجّة ، بل لقصوره عن معارضة ما دل على بقاء النكاح من الأصل وعموم حصر ناسخه في غيره ، وشذوذ الخبر المزبور ، ضرورة قصر الحكم في عبارة ابن حمزة على أمة غير السّيد ، مع أن مورد الرّواية الحرّة ، و اعتبار عدم التزويج في رواية الفقيه في البقاء على النكاح ، و في التهذيب ذلك مع عدم انقضاء العدّة ، و اعتبار التزويج في البينونة عنه في كلّ منهما ، ولم يعتبر بشيء من ذلك الشيخ و ابن حمزة ، على أنه ظاهر في سقوط النّفقة في الارتداد ، و هو مخالف لما سمعته سابقاً ، ومختصّ بالحرّة ، ولم يستقص فيه تمام أحكام ذلك من رجوع العبد بنفسه ، و إرجاعه ، و إباق الأمة التي تزوّجها الحرّ ، و إباق العبد والأمة ، وغير ذلك من الأحكام الكثيرة ، واتّحاد الخبر المزبور في الحكم المذكور ، وبذلك كلّه يضعف الظنّ به ، بل يختصّ الظنّ بغيره ، و منه يعلم أنّ الأقوى العدم ، والله العالم .

﴿ مسائل من لواحق العقد ﴾

﴿و هي سبع : الأولى ﴾ لا خلاف في أنّ ﴿ الكفاءة شرط في النكاح ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، ﴿و﴾ لكن ﴿ هي ﴾ بمعنى ﴿ التساوي في الاسلام ﴾ فلا يجوز للمسلمة نكاح غير المسلم ، ﴿ و هل يشترط التساوي في الايمان ﴾ بالمعنى الأخصّ فلا يجوز نكاح المؤمنة غير المؤمن على نحو ما سمعته في الاسلام ؟ ﴿ فيه روايتان أظهرهما الاكتفاء بالاسلام وإن تأكد استحباب الايمان ، وهو في طرف الزوجة أتم ، لأنّ المرأة تأخذ من دين بعلها ﴾ أمّا العكس فلا خلاف في جوازه كما اعترف به في كشف اللثام و غيره ، نعم ربما حكي عن سلار

عدم جواز ذلك ، ولم نتحققه إذالمحكي عنه أنه إنما منع من المعاندة ، وهي المناصبة التي ستعرف كفرها ، بل لم يحك أحد هنا الخلاف في ذلك عمن علم أنّ مذهبه كفر المخالفين و نجاستهم ، كالمرتضي وابن ادريس وغيرهما ، نعم حكى غير واحد هنا الشهرة على عدم جواز نكاح المؤمنة المخالف، بل في الرياض عن الخلاف والمبسوط والسّرائر و سلار والغنية الاجماع عليه ، و هو الحجّة للمانع بعد النّصوص المستفيضة .

كقوله ﷺ (١) حين أمر بتزويج الأبكار من الأكفاء : «المؤمنون بعضهم أكفاء بعض » و غيره .

(و منها) المشترطة ـ الأمر بنكاحه المراد منه الاباحة ـ برضا دينه و أمانته (٢) و في بعضها خلقه و دينه (٣) قيل : و ليس في إدراج الخلق مع الدّين في بعضها قرينة على التدين بالنّسبة الى الدّين بناءً على اتّحاد سياق العبارة مع الاجماع على عدم اعتباره ، لتوقفه على كون المراد منه السجيّة والطبيعة ، وليس بمتعين ، لاستعماله في الملّة كما عن أهل اللغة ، فيحتمل إرادتها منه هنا ، فلا قرينة بالمرّة .

(ومنها) الصّحيح (٤) « تزوّجوا في الشكاك ولا تزوّجوهم ، لأنّ المرأة تأخذ من أدب زوجها ، و يقهرها على دينه » .

(ومنها) المرسل كالموثق ، بل الموثق لارساله عن غير واحد الملحق مثله عند جماعة بالمسند عن أبان عن الفضيل بن يسار (٥) قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن نكاح الناصب ، فقال : لا والله ما يحل ، قال فضيل : ثمّ سألته مرّة اُخرى ، فقلت : جعلت فداك ماتقول في نكاحهم ؟ قال : والمرأة عارفة ، قلت : عارفة فقال :

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٣ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢ .

(٢و٣) الوسائل الباب ـ٢٨ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣ و١ .

(٤) الوسائل الباب ـ١١ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث٢ .

(٥) الوسائل الباب ـ١٠ـ من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥ .

إنّ العارفة لا توضع إلاّ عند العارف ».

(ومنها) المعتبر بوجود المجمع على تصحيح ما يصحّ عنه في سنده (١) «إنّ لا مرأتي اُختاً عارفة على رأينا وليس على رأيها بالبصرة إلاّ قليل فاُزوّجها ممن لايرى رأيها، قال: لا ولا نعمة ولا كرامة، إنّ الله تعالى يقول (٢) : فلا ترجعوهنّ إلى الكفّار، لا هنّ حلّ لهم، ولاهم يحلّون لهنّ » بل ربما استفيد من ذيله الاستدلال بالروايات المستفيضة بل المتواترة (٣) المتضمّنة كفرهم الّذى إن أريد منه الحقيقة كانت دلالته واضحة ، وإلاّ كان المراد المشاركة في الأحكام الّتي منها ما نحن فيه .

بل ربما استدلّ أيضاً بالنصوص المتواترة (٤) أيضاً الدالة على عدم جواز نكاح الناصب ، بناءً على أنّ المراد منه المخالف ، لقول الصّادق عليه السلام في خبر المعلى ابن خنيس المروى عن العلل (٥) « ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت ، لأنك لا تجد أحداً يقول : أنا أبغض محمداً وآل محمد ، ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم أنكم تتولّونا وأنكم من شيعتنا » و في المرسل المروى عن الشيخ والكليني (٦) عنه

(١و٤) الوسائل الباب -١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣-٠- .

(٢) سورة الممتحنة : ٦٠ - الاية ١٠.

(٣) الوسائل الباب -١٠- من أبواب حد المرتد الحديث ١٣و١٤ و١٨ و١٩ و٢١ و٢٣ و٢٤ و٢٥ و٢٧ و٢٨ و٢٩ و٣٨ و٤٣ و ٤٤ و٤٨ و٤٩ من كتاب الحدود و الباب -١٠- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١٥ .

(٥) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب القصاص فى النفس الحديث ٢ من كتاب القصاص ، و هو يروى عن معانى الاخبار مع اختلاف فى اللفظ ، وهذا اللفظ بعينه مروى عن العلل فى خبر عبدالله بن سنان الذى رواه فى الوسائل بعد رواية معلى بن خنيس وأشار اليه فى الوسائل أيضاً فى الباب ٢ - من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ٣ من كتاب الخمس .

(٦) الوسائل الباب -٢١- من أبواب الصدقة الحديث ٢ من كتاب الزكاة .

أيضاً إنه قال : « الزيدية هم النصاب » و عن الكليني في الروضة (١) في جارين ناصب وزيدي فقال ﷺ : « هما سيّان هذا نصب لك ، و هذا الزيدي نصب لنا » و عن مستطرفات السرائر من مكاتبات محمّد بن علي بن عيسى لمولانا الهادي ﷺ (٢) « سأله عن ناصب هل أحتاج في امتحانه إلى أكثر من تقديم الجبت والطاغوت واعتقاد إمامتهما ؟ فرجع الجواب : من كان على هذا فهو ناصب » .

ولكن الجميع محل نظر أما الاجماع المحكي فلم نتحققه إذ ليس في المحكي عن المبسوط والخلاف إلاّ قوله الكفاءة معتبرة في النكاح ، وهي عندنا شيآن: الايمان و إمكان القيام بالنفقة ، واليسار المراعى ما يمكنه القيام بمؤونة المرأة و كفايتها لا أكثر من ذلك ثمّ إنه استدل في الثاني منهما على ذلك باجماع الفرقة الى أن قال في الرد على من اعتبر فيها أكثر من ذلك : « و ما ذكرناه مجمع عليه » و في الغنية « الكفاءة تثبت عندنا بأمرين الأوّل الايمان و إمكان القيام بالنفقة بدليل الاجماع المشار إليه ، ولأن ما ذكرناه مجمع على اعتباره ، وليس على اعتبار ماعداه دليل، ولكن البناء عندنا أنّ الكفاءة المعتبرة في النكاح أمران الايمان واليسار بقدر ما يقوم بأمرها، والانفاق عليها ، ولايراعي ماعدا ذلك من الانساب والصنائع ، والأولى أن نقول : إنّ اليسار ليس بشرط في صحّة العقد ، و إنما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسراً بنفقتها ، ولا يكون العقد باطلاً ، بل الخيار اليها ، و ليس كذلك خلاف الايمان الّذى هو الكف إذا بان كافراً فانّ العقد باطل ، ولايكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار » الى آخره ، وقال المرتضى في مسائل الناصريّة : « الّذي يذهب اليه أصحابنا أنّ الكفاءة في الدّين معتبرة ، لأنه لاخلاف في أنه لايجوز أن تتزوّج

---

(١) روضة الكافي ص ٢٣٥ - الرقم ٣١٤ ط طهران .

(٢) الوسائل الباب -٢- من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ١٤ من كتاب الخمس عن موسى بن محمد بن علي بن عيسى قال : كتبت اليه .... » ولكن روى في الباب -٦٨- من أبواب القصاص في النفس الحديث ٣ من كتاب القصاص : «ان محمد بن علي بن عيسى كتب اليه ....» .

المرأة المسلمة المؤمنة بالكفار » إلى آخره .

والجميع كما ترى إنما يراد من الايمان فيها المرادف للاسلام ، لا المعنى الأخص بقرينة استدلالهم على نفي الزيادة عن ذلك في مقابل الشافعي و غيره من العامة ممن اعتبر في الكفاءة أزيد من ذلك بكون المجمع عليه ذلك ، والأصل عدم الزيادة ، ولاريب في أنّ الايمان المعتبر عند الجميع الاسلام ، ضرورة عدم معنى أخص للايمان عندهم ، بل يؤيّده أيضاً تفريع بعضهم على ذلك عدم جواز تزويج المسلمة غير المسلم ، و غير ذلك من القرائن الّتي لا يخفى على من لاحظ كلماتهم الدالة على إرادة الاسلام من الايمان .

و منه يعلم عدم قائل صريح معتدّ به من القدماء بعدم جواز نكاح المؤمنة غير المؤمن ، ولو من فرق الامامية ، كالواقفي ونحوه ممن جرى عليه حكم الاسلام في هذا الحال ، على أنّ عباراتهم لايخلو من تشويش بالنسبة الى اعتبارهم في الكفاءة الايمان والتمكن من النفقة ، مع معلوميّة عدم اعتبار الثاني في صحّة العقد ، حتّى لورضيت الامرأة بذلك كما ستعرف . .

و كذا النّصوص ، ضرورة كون الايمان في السّابق مرادفاً للاسلام ، فانه بالمعنى الأخص اصطلاح جديد ، نعم ربما اطلق الايمان فيها (١) مقابل الاسلام باعتبار ارادة التصديق القلبي والتسالم الظاهري مع النفاق باطناً ، ولكن المعروف مرادفته و كذا لفظ الدّين الّذى هو عندالله الاسلام (٢) بل قوله ﷺ (٣) : « إذا جاءكم » الى آخره خطاب مشافهة ، و من المعلوم أن من لا يرضى دينه في زمنه صلى الله عليه وآله من لم يكن مسلماً ، فلا يستفاد حينئذ منها بقاعدة الاشتراك أزيد من ذلك ، على أن ذكر الخلق معه مع معلوميّة عدم اعتباره في الكفاءة قرينة على

---

(١) الكافى ج ٢ ص ٢٥ الى ٢٨ .

(٢) سورة آل عمران : ٣- الاية ١٩ .

(٣) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ٢ .

عدم إرادة بيان الكفاءة المعتبر في الصحّة ، و دعوى إرادة الدين منه أيضاً مخالفة للظاهر ، على أنها لا تتم فيما اعتبر الامانة مع الدّين منها .

وأمّا الصحيح فلم يعلم المراد من الشكاك فيه ، ويمكن إرادة المستضعفين منهم، وحينئذ فالتعليل فيه يناسب الأمر فيه باعتبار صيرورته حينئذ سبباً لنجاة الامرأة لا النهي، فانّ المستضعف لايخشى منه القهر على ما عنده ، لعدم معرفته ، وعلى كلّ حال فهو معارض بما تسمعه من النصوص ، خصوصاً ماورد في المستضعف (١) فلا بأس بحمل النهي فيه على الكراهة .

كالنهي في المرسل الذى بعده ، بل والآخر أيضاً مع عدم معلوميّة من لم ير رأيها البصيرة، ولعلّهم الخوارج والمبغضين لأمير المؤمنين والأئمة الطاهرين عليهم السلام ، لكثرتهم في ذلك المكان والزمان ، بل هو مقتضى استدلال الامام عليه السلام بالآية الكريمة ، ضرورة معلوميّة عدم كفر المخالفين على وجه تجرى عليهم أحكامهم الدنيوية ، للسيرة القطعية والأدلة السّمعية والعسر والحرج وغير ذلك مما هو مسطور في محلّه .

و منه يعلم بطلان الاستدلال بمادلّ على كفرهم المعلوم إرادة حكم الكفار منه في الآخرة كما دلت عليه النّصوص المتواترة .

و كذا أخبار النصاب فانّ المراد كونهم أجمع بحكمهم فيها أيضاً، لمعلوميّة كفر الناصب وحليّة ماله ودمه، ومعلوميّة عدم كون المخالف من حيث كونه مخالفاً كذلك ، فوجب حينئذ حمل هذه النصوص على ذلك، نحو مادل (٢) على أنّهم كفار وأنّهم شرّ من اليهود والنّصارى أى في الآخرة ، بخلاف الدّنيا فانهم مساوون للمؤمنين في الأحكام ، و بذلك صرّحت النّصوص و تواترت في الفرق بين الاسلام والايمان .

---

(١) الوسائل الباب -١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣ و ٥ و ١٠.

(٢) الوسائل الباب -١٠- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١٥ والباب -١١- من أبواب الماء المضاف الحديث ٥ من كتاب الطهارة .

قال سماعة (١) : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أخبرني عن الاسلام والايمان أهما مختلفان؟ فقال : إنّ الايمان يشارك الاسلام ، والاسلام لا يشارك الايمان ، فقلت : فصفهمالي، فقال: الاسلام شهادة أن لا إله إلاّ الله والتصديق برسول الله صلى الله عليه وآله ، وبه حقنت الدماء ، وعليه جرت المناكح ، وعلى ظاهره جماعة الناس ، والايمان الهدى، وما يثبت في القلوب من صفة الاسلام ، وما ظهر من العمل به ، والايمان أرفع من الاسلام بدرجة ، إنّ الايمان يشارك الاسلام في الظاهر والاسلام لا يشارك الايمان في الباطن وإن اجتمعا في القول والصّفة » .

وقال حمران بن أعين (٢) : « سمعت أباجعفر عليه السلام يقول : الايمان ما استقرّ في القلب وأفضى به إلى الله ، وصدّقه العمل بالطاعة لله ، والتسليم لأمر الله ، والاسلام ماظهر من قول أوفعل ، وهو الّذي عليه جماعة الناس من الفرق جميعها ، وبه حقنت الدماء ، وعليه جرت المواريث وجاز النكاح واجتمعوا على الصّلاة والزكاة والصّوم والحج، فخرجوا بذلك من الكفر واضيفوا الى الايمان - الى أن قلت -: فهل للمؤمن فضل على المسلم في شيء من الفضائل والأحكام والحدود و غير ذلك؟ فقال : لا هما يجريان في ذلك مجرىً واحداً ولكن للمؤمن فضل على المسلم في أعمالهما و ما يتقرّبان به الى الله تعالى» الحديث .

و قال الفضيل بن يسار (٣) : « سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : إنّ الايمان يشارك الاسلام ، ولا يشاركه الاسلام ، إنّ الايمان ما وقّر في القلوب ، والاسلام ما عليه المناكح والمواريث وحقن الدّماء ، والايمان يشارك الاسلام والاسلام لايشارك الايمان » .

و قال القاسم الصير في شريك المفضل (٤) : « سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : الاسلام يحقن به الدم ويؤدّى به الامانة ويستحل به الفروج، والثواب على الايمان » .

(١) الكافي ج ٢ ص ٢٥ .

(٢و٣) الكافي ج ٢ ص ٢٦ .

(٤) الوسائل الباب -١١- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٤ .

وصحيح عبدالله بن سنان (١) قال: « سألت أباعبدالله عليه السلام بم يكون الرّجل مسلماً يحلّ مناكحته وموارثته وبم يحرم دمه؟ فقال: يحرم دمه بالاسلام إذا ظهر ويحل مناكحته وموارثته » الى غيرذلك من النصوص المتواترة الدالة على اشتراك المسلم والمؤمن بالمعنى الأخص في هذه الأحكام، خصوصاً في زمان التقية والهدنة، و هوالزمان الّذى لم تقم فيه يدالشّرع، كما أومأ اليه خبرالعلاءبن رزين (٢) لما سأل أباجعفر عليه السلام عن جمهور الناس فقال: « هم اليوم أهل هدنة، تردّ ضالتهم، وتؤدّى أماناتهم، وتحقن دماؤهم، وتجوز مناكحتهم وموارثتهم في هذاالحال » .

كلّ ذلك مضافاً إلى خبرالفضيل بن يسار (٣) « سألت أباجعفر عليه السلام عن المرأة العارفة هل اُزوّجها الناصب؟ قال: لا، إنّ الناصب كافر، قال: فاُزوّجها الرّجل الغيرالناصب ولا العارف، فقال: غيره أحبّ اليّ منه » وما يشعر به خبر زرارة (٤) في المستضعف قال: « قلت لأبى عبدالله عليه السلام : أتزوّج مرجئة أم حرورية؟ قال: عليك بالبله من النساء، قال زرارة: قلت: والله ماهى إلّا مؤمنة أو كافرة، فقال أبوعبدالله عليه السلام : فأين أهل ثنوي الله؟ قول الله عزّوجلّ أصدق من قولك: إلّا المستضعفين من الرّجال والنّساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً (٥) » و خبر حمران بن أعين (٦) « كان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأة يرضاها، فذكر ذلك لأبى عبدالله عليه السلام ، فقال: أين أنت من البلهاء واللواتي لا يعرفن شيئاً؟ قلت: إنا نقول: إنّ الناس على وجهين: كافر و مؤمن، فقال: فأين الّذين خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيّئاً؟ وأين المرجون لأمر الله؟ أي عفو الله » إلى غير ذلك من النّصوص الدالة على حكم المستضعفين منهم.

و منه يعلم إرادة الكراهة من النّهي (٧) عن تزويج المستضعف المؤمنة

(١) الوسائل الباب -١٠- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١٧ .
(٢) الوسائل الباب -١٢- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١ .
(٣و٤) الوسائل الباب -١١- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١١-١ .
(٥) سورة النساء : ٤ - الاية ٩٨ .
(٦و٧) الوسائل الباب -١١- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٨-٦ .

كالكراهة في تزويج العارفة غير العارف (١) و حينئذ تتفاوت الكراهة في النكاح منهم ترتبها في إنكاحهم ، فكما أنه يكره النكاح منهم وخصوصاً غير البله والمستضعفات من نسائهم كذلك يكره إنكاحهم خصوصاً غير البله والمستضعفين منهم ، وعلى ذلك تجتمع جميع النصوص التي لا ينكر انسياق الكراهة منها كما لا يخفى على من رزقه الله معرفة لسانهم ورموزهم والجمع بين كلماتهم .

ومن الغريب مناقشة بعضهم في النصوص السابقة بأنها مع قصور أسانيدها لا صراحة فيها بجواز تزويج المؤمنة بالمخالف ، وغايتها العموم القابل للتخصيص بالعكس ، أي تزويج المؤمن المخالفة ، لتصريح الأخبار الأولة بالمنع من تزويج المؤمنة بالمخالف ، فتتعارض الأخبار تعارض العموم والخصوص ، واللازم حمل الأول على الثاني ، إذ لا يخفى عليك عدم قبول صحيح ابن سنان منها وغيره لذلك ، واستبعاد إرادة خصوص هذا الفرد من خصوص لفظ التناكح والفروج منها دون الدماء والمواريث ، و قد قال الباقر عليه‌السلام في خبر هشام بن الحكم (٢) منكراً : « يتكافؤ دماؤكم ولا يتكافؤ فروجكم » على أن ذلك قد ذكر في بيان اتحاد حكم المؤمن والمسلم في ذلك واختلافهما في الكفر باطناً وعدمه .

و منه يعلم عدم احتمال إرادة الايمان من الاسلام فيه ، لعدم احتمال إرادة جواز مناكحتهم بعضهم مع بعض ، و أنهما واضحا الفساد . بل لا يليق ذكرهما ممن له نصيب في هذا العلم ، ومثلهما احتمال جواز ذلك للضرورة من تقية وغيرها ، وليت شعري ما أدري ما الداعي الى هذه الخرافات ، و كيف تكون الضرورة المزبورة ملحقة للأولاد و مثبتة للمواريث و غير ذلك من الأحكام المعلوم ثبوتها بالضرورة من الدين ، نعم هي التقية الزمانية التي سنشير اليها الجاري عليها أحكام الصحة ، وقد تكرر من علي بن الحسين عليهما‌السلام (٣) لما أنكر عليه النكاح من بعض الناس و إنكاحهم

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥ .

(٢) الوسائل الباب ـ ٢٦ ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب ـ ٢٧ ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٩ و ١١ .

« إنّ الله قد رفع بالاسلام كلّ خسيسة ، و أتم به الناقصة و أذهب به اللؤم ، فلا لؤم على مسلم ، إنما اللؤم لؤم الجاهلية » ونحوه عن رسول الله صلى الله عليه وآله في قصّة جويبر (١) المعروفة .

كلّ ذلك مضافاً إلى ماوقع من تزويج أميرالمؤمنين عليه السلام ابنته من عمر (٢) و تزوّج عبدالله بن عمر بن عثمان فاطمة بنت الحسين عليه السلام (٣) و تزوّج مصعب بن الزبير اُختها سكينة (٤) وغير ذلك ، بل الظاهر أنّ التقية الزمانية تسوغ أزيد من ذلك ، نعم لو انقلب الزمان وظهرت كلمة الحقّ لم يتكافؤ الدّماء ولا الفروج ولا غير ذلك ، فلا يقتل المؤمن بالاُلف منهم ، نسأل الله تعجيل الفرج و قيام العدل ، و من لا حظ شدّة ماجاء في أمر التقية التي بها حفظت الدّماء و تروّج المذهب علم أن ذلك كلّه سهل في مقابلة المصالح المرتبة عليها، ولولاها لم يكن للشيعة اسم ولا وقف منهم على رسم ، فجزى الله محمداً وآله صلى الله عليه وآله عنا خير الجزاء ، لم يألوا جهداً في حفظ هذه الفرقة دنياً و آخرةً .

و كان المسألة من الواضحات و إن اشتهر خلاف ذلك بين المتأخّرين و متأخّريهم ، و لوضوحها تركنا الإطناب فيها والإكثار من ذكر النصوص والمؤيدات لذلك . و ما يتفرع على القول المقابل من الانفساخ لو تجدّدت المعرفة بعد النكاح ما لم يؤمن الزوج في العدّة على حسب ما سمعته في الكافر و عدمه ، و من جريان المسألة في فرق الشيعة غير الإثنى عشرية ، فلا تتزوّج المؤمنة بهذا المعنى غير المؤمن به ، و من جريانها في فرق الشيعة غير الاماميّة بالنسبة الى بعضهم بعض إذا كانوا مختلفين في الإقرار بالأئمة عليهم السلام ، فلا يجوز للمقرة بالسبعة منهم مثلاً

(١) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -١٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ والمستدرك الباب ١٠ منها .

(٣) غاية الاختصار ص ٤٢ ط النجف .

(٤) وفيات الاعيان ج ٢ ص ١٣١ ط مصر والاغاني ج ١٤ ص ١٦٥ و١٦٨ .

نكاح المفوّ بالخمسة مثلاً ، ولا نكاح من أشرك غيرهم معهم في الامامة كالزيدية و غيرهم ، فضلاً عن عدم جواز نكاحها للمخالف مع احتمال الجواز ، لاشتراكهم في عدم الايمان بالمعنى الأخص ، فهم حينئذ بالنسبة الى ذلك ملّة واحدة ، و إغفال النّصوص والفتاوى التعرّض لذلك و غيرها مما يؤيد كون المدار على الاسلام في النكاح ، وأن جميع فرقه الّتى لم يثبت لها الكفر بنصب أوغلوّ أو نحو ذلك ملّة واحدة يشتركون في التناكح بينهم والتوارث وغيرهما من الأحكام والحدود ، والله العالم .

﴿ نعم لا يصح نكاح الناصب المعلن بعداوة أهل البيت عليهم السلام ﴾ ولا نكاح الناصبيّة كذلك ﴿ لارتكابهما ﴾ ﴿ ما يعلم بطلانه من دين الاسلام ﴾ مع فرض تدينهما بذلك ، فهو حينئذ إنكار لضروري من ضروريات الدّين ، ودخول في سبيل الكافرين ، كغيره ممّن كان كذلك بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، والنصوص (١) كادت تكون متواترة فيه ، بل هي كذلك ، بل الظاهر تحقّق النصب المقتضي للكفر بالبغض والعداوة لواحد من أهل البيت و إن لم يتخذ ذلك ديناً ، ضرورة صدق اسم الناصب عليه ، فانه العدوّ المبغض ، بل الظاهر تحقّقه بالبغض والعداوة و إن لم يكن معلناً ، ففي خبر زرارة (٢) عن أبى جعفر عليه السلام قال : « دخل رجل على عليّ بن الحسين عليهما السلام ، فقال: إنّ امرأتك الشيبانيّة خارجية تشتم علياً عليه السلام فان سرّك أن أسمعك ذلك منها أسمعتك ، فقال : نعم ، فقال : إذا كان غداً حين تريد أن تخرج كما كنت تخرج فعد واكمن في جانب الدار ، قال فلمّا كان من الغد كمن في جانب الدار ، و جاء الرّجل فكلّمها ، فتبين ذلك منها ، فخلى سبيلها وكانت تعجبه » نعم الظاهر ندرة ذلك في هذا الزمان أوعدمه ، كما اعترف به في المسالك و أومأ اليه عليه السلام في خبر ابن سنان (٣) بقوله : « إنك لا تجد أحداً

(١ و ٢) الوسائل الباب -١٠- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث -٠-٧ .

(٣) الوسائل الباب -٢- من أبواب مايجب فيه الخمس الحديث ٣ والباب -٦٨- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ٣ من كتاب القصاص .

يقول : إني أبغض آل محمد » فلا يلتفت الى دعوى كون الناصب مطلق المخالف كما سمعته سابقاً ، وقد أشبعنا الكلام في تفسير الناصب في كتاب الطهارة (١) .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿هل يشترط﴾ في الكفو مع ذلك ﴿تمكنه من النفقة ؟ قيل: نعم﴾ والقائل الشيخان في المقنعة والمبسوط والخلاف وبنوزهرة وادريس وسعيد والعلامة في التذكرة والمختلف على ما حكي عن البعض ، لقول الله تعالى (٢) : « ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم » إلى آخرها، وقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم (٣) لفاطمة بنت قيس لما أخبرته أن معاوية يخطبها: « إن معاوية صعلوك لا مال له » وقول الصّادق عليه السلام (٤) : « الكفو أن يكون عفيفاً و عنده يسار » ولما في ذلك من الاضرار بالمرأة ، و لعدّه في النقص عرفاً ، لتفاضل الناس في اليسار تفاضلهم في النّسب ، ولأنّ بالنفقة قوام النكاح ودوام الأزواج .

﴿و قيل﴾ والقائل الأكثر : ﴿لا﴾ يشترط ذلك للعمومات (٥) و لقوله تعالى (٦) : «إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله» وقوله تعالى (٧) : «إنّ مع العسر يسراً » و قوله صلى الله عليه وآله (٨) في تفسير الكفو : « أن يرضى دينه و خلقه » و خبر جويبر (٩) ﴿و﴾ غيره ف﴿هو الأشبه﴾ بأصول المذهب و قواعده ، والآية

---

(١) الجزء السادس ص ٦٣ الى ص ٦٧ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الاية ٢٥.

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٣٥ .

(٤) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٤ .

(٥) الوسائل الباب -١- من أبواب مقدمات النكاح .

(٦) سورة النور : ٢٤ - الاية ٣٢ .

(٧) سورة الشرح : ٩٤ الاية ٦ .

(٨) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ الا انه ليس في تفسير الكفو .

(٩) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

من الارشاد أو في المهر، كقول النبي صلى الله عليه وآله لفاطمة (١) لما استشارته وأرادت النصيحة منه، والمراد من الكفوء في الثاني العرفي، ضرورة عدم اعتبار العفة فيه شرعاً ولا إضرار بعد الإخبار، ولا نقص في عدم المال خصوصاً بعد كون أولياء الله غالباً كذلك، بل كان المسألة من الواضحات.

و من هنا نص ابنا إدريس و سعيد فيما حكي عنهما على أن المراد أن لها الخيار إذا تبين لها العدم لا الفساد، بل في المختلف الاجماع على عدم اشتراطه في صحة العقد مع علمها، و في كشف اللثام بعد أن حكى ذلك عنه قال: والأمر كذلك، و لعلهم مجمعون على الصحة مع الجهل أيضاً كما ذكره الشهيد، ولكن في الايضاح أن الأقوال ثلاثة: الاشتراط و عدمه والخيار، قلت: كأنه لحظ ظاهر اعتبار الشيخين وابن زهرة الايمان والتمكن من النفقة في الكفاءة في مقابلة من اعتبر أزيد من ذلك فيها من العامة.

وعلى كل حال هو على تقديره في غاية الضعف، ويمكن حمل كلامهم على إرادة وجوب اعتبار ذلك من الولي والوكيل باعتبار المفسدة على الأمرأة بذلك، إلا أن ذلك يقتضي كون العقد فضولاً حينئذ فاسداً أو يحمل على إرادة عدم وجوب الاجابة على القول به فيما لو خطب القادر على النفقة دفعاً للحرج و جمعاً بين الأدلة، بل عن الشهيد لا أظن أحداً خالف فيه.

و من ذلك يعلم الحال في اعتبارهم الايمان مع التمكن من النفقة في الكفاءة، فانه يحتمل إرادتهم التسلط على الخيار، أو أن للامرأة الفسخ مع فرض نكاح الولي أو الوكيل، أو أن المراد عدم وجوب الاجابة بناء على إرادة المعنى الأخص من نحو ما سمعته في التمكن من النفقة، لاتحاد المساق فيهما وإلا كان الفساد متجهاً اليهما معاً أيضاً.

بل الظاهر فساد دعوى الخيار أيضاً، لأصالة اللزوم و خصوصاً في النكاح الذي لم يقبل اشتراط الخيار، خلافاً لجماعة منهم الفاضل في المختلف و إن كان هو قد

---

(١) البحار ج ٤٣ ص ٩٩.

اضطرب رأيه في المسألة ، ففي الكتاب المزبور لم يعتبر اليسار في الكفاءة ، واكتفى بالايمان ، ولكن خيّرها مع الجهل لو تزوّجت بفقير ، وفي المحكي عن تذكرته أنّه اعتبر فيها اليسار ، وجوّز للولي أن يزوّجها بالفقير ، ولو كان الّذى يزوّجها السّلطان لم يكن له أن يزوّجها إلاّ بكفو ، وفي القواعد لم يجعله شرطاً ولا سبباً للخيار ، وهو الأصح لما عرفت ، ونفي الضّرار لايقتضي التسلّط على الخيار مع عدم الانجبار ، خصوصاً مع عدم احراز الراغب فيها من المؤسرين ، وخصوصاً بعد قوله تعالى (١) : « إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » و «إنّ مع العسر يسراً » (٢) الّذى استدل به أمير المؤمنين عليه السلام في الخبر (٣) الآتى الّذى قد يستفاد منه أيضاً ما نحن فيه ، وخصوصاً بعد أن شرع الله ما يرتفع به الضّرار المزبور ، ضرورة وجوب الانفاق عليهما من بيت المال أو من المسلمين كفاية مع فرض الاعسار .

﴿و﴾ من ذلك يعلم الحال فيما ﴿ لو تجدّد عجز الزوج عن النفقة ﴾ وأنّه ﴿ هل تتسلّط ﴾ بذلك ﴿ على الفسخ ﴾ ؟ وإن قال المصنّف : ﴿ فيه روايتان ﴾ لكن ﴿ أشهرهما ﴾ عملاً ﴿ أنه ليس لها ذلك ﴾ لا بنفسها ولا بالحاكم ، بل في المسالك أنه المشهور ، وهي ماروى (٤) عن أمير المؤمنين عليه السلام « إن امرأة استعدت إليه على زوجها للاعسار ، فأبى أن يحبسه ، وقال : إنّ مع العسر يسراً » مضافاً إلى ماعرفت من العمومات وغيرها وزيادة الاستصحاب هنا ، خلافاً للمحكي عن أبي علي ، فسلّطها على الفسخ ، وفي كشف اللّثام وقيل يفسخه الحاكم ، وهو قوي ، فان لم يكن الحاكم فسخت ، لقوله تعالى (٥) : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» والامساك بلانفقة ليس بمعروف ، وللضرر والحرج ، وصحيح أبي بصير (٦)

---

(١) سورة النور : ٢٤ ـ الاية ٣٢ .

(٢) سورة الشرح : ٩٤ ـ الاية ٦.

(٣ و ٤) المستدرك الباب ـ١ـ من أبواب النفقات الحديث ٥ .

(٥) سورة البقرة : ٢ـ الاية ٢٢٩ .

(٦) الوسائل الباب ـ ١ ـ من أبواب النفقات الحديث ٢ .

عن الباقر عليه السلام « من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها مايقيم صلبها كان حقاً على الامام أن يفرّق بينهما » وصحيح ربعي والفضيل (١) عن الصادق عليه السلام « إن أنفق عليها مايقيم ظهرها مع كسوة وإلاّ فرّق بينهما ».

وفيه منع كون الامساك بلا نفقة من غير المعروف مع الاعسار وكونها ديناً عليه ، على أنه قد تقدّم في تفسير الآية من النصوص (٢) ما ينافي ذلك ، والزام الحاكم ـ مع المرافعة والمنازعة وقيام عصاة الشرع ونظره الى المصلحة للقادر الممتنع بالطلاق الّذي يحمل عليه ما في الخبرين إن لم يكن ظاهرهما ولو للجمع بينهما وبين ما سمعته من أمير المؤمنين عليه السلام ـ أمر خارج عما نحن فيه من تسلّطها على الفسخ أو تسلّط الحاكم عليه ، كما هو واضح .

هذا وعن فخر المحققين بناء ما هنا من الخلاف على أنّ اليسار بالنفقة ليس شرطاً في لزوم العقد ، إذ لو جعلناه شرطاً لسلطت على الفسخ بتجدّد العجز بغير إشكال ، وفيه أنّه يمكن عليه اختصاص ذلك بالابتداء دون الاستدامة كما في العيوب المجوزة للفسخ ، وربما يؤيّده إطلاق الأصحاب هنا ، نعم لا إشكال في عدم الفسخ بناءً على عدم تسلّطها عليه به لو بان قبل العقد ، ضرورة أولويّة ما هنا منه بذلك ، كما هو واضح .

﴿و﴾ كيف كان فلا إشكال ولا خلاف معتدّ به في أنّه ﴿ يجوز ﴾ عندنا ﴿ إنكاح الحرّة العبد والعربيّة العجمي والهاشميّة غير الهاشمي ﴾ وبالعكس ، وكذا أرباب الصّنائع الدنيّة ﴾ كالكنّاس والحجام وغيرهما ﴿ بذوات الدّين ﴾ من العلم والصلاح ﴿ والبيوتات ﴾ وغيرهم ، لعموم الأدلة وخصوص ماجاء من تزويج جويبر الدلفاء (٣) ومنجح بن رباح مولى عليّ بن الحسين عليهما السلام بنت ابن أبي رافع (٤) ونكاح

---

(١) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب النفقات الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٧ و ١٠ و ١٢ و ١٣ من كتاب الطلاق .

(٣ و ٤) الوسائل الباب ـ٢٥ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

عليّ بن الحسين عليهما السلام مولاته (١) و نكاح رسول الله صلى الله عليه وآله عائشة وحفصة (٢) ونكاح العوّام صفيّة (٣) والمقداد ضباعة بنت الزّبير بن عبدالمطلب (٤) وعثمان (٥) و أبي العاص (٦) وعمر (٧) و عبدالله بن عمر بن عثمان (٨) و مصعب بن الزّبير (٩) بنات رسول الله صلى الله عليه وآله و عليّ والحسين عليهما السلام ، و قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله لمّا زوّج المقداد ابنة الزّبير بن عبدالمطلب (١٠) : «إنما أردت أن تتّضع المناكح» كقوله صلى الله عليه وآله (١١) : «المسلم كفو المسلمة، والمؤمن كفو المؤمنة» و«المؤمنون بعضهم أكفاء بعض» (١٢) و«إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه، إن لاتفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» (١٣) .

فما عن ابن الجنيد ـ من أنّه اعتبر فيمن تحرم عليهم الصدقة أن لا يتزوّج

---

(١) الوسائل الباب ـ٢٧ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ـ١١ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١٤ .

(٣) أنساب الاشراف ج ١ ص ٩٠ ط مصر .

(٤) الوسائل الباب ـ٢٦ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب ـ١١ـ من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٤ .

(٦) الوسائل الباب ـ١١ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١٤ و الباب ـ١٣ـ منها ـ الحديث ٢ .

(٧) الوسائل الباب ـ١٢ـ من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ و المستدرك الباب ـ١٠ـ منها .

(٨) غاية الاختصار ص ٤٢ ط النجف .

(٩) وفيات الاعيان ج ٢ ص ١٣١ ط مصر والاغاني ج ١٤ ص ١٦٥ و١٦٨ .

(١٠) الوسائل الباب ـ٢٦ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٥ .

(١١) الوسائل الباب ـ٢٥ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(١٢) الوسائل الباب ـ٢٣ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢ .

(١٣) الوسائل الباب ـ٢٨ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

فيهم إلاّ منهم لئلا يستحل بذلك الصّدقة من حرّمت عليه إذا كان الولد منسوباً الى من تحل له الصدقة - مسبوق بالاجماع و ملحوق به و إن كان ربما يشهد له في الجملة خبر (١) بلال قال : « لقى هشام بن الحكم بعض الخوارج فقال : يا هشام ماتقول في العجم يجوز أن يتزوّجوا الى العرب ؟ قال : نعم ، قال : فالعرب تتزوّج من قريش ، قال : نعم ، قال : فقريش تتزوّج في بني هاشم ، قال : نعم ، قال : عمن أخذت هذا؟ قال: عن جعفر بن محمد عليهما السلام سمعته يقول: يتكافؤ دماؤكم ولا تتكافؤ فروجكم؟ قال: فخرج الخارجي حتّى أتا أباعبدالله عليه السلام ، فقال: إني لقيت هشاماً فسألته عن كذا فأخبرني بكذا، وذكر أنه سمعه منك، قال: نعم قدقلت ذلك، فقال الخارجي: فها أناذا قدجئتك خاطباً، فقال له أبوعبدالله عليه السلام: إنك لكفو في دينك وحسبك في قومك، ولكن الله تعالى صاننا عن الصّدقة ، وهي أوساخ أيدي الناس ، فنكره أن نشرك فيما فضلنا الله به من لم يجعل الله له مثل ما جعل لنا، فقام الخارجي وهو يقول: تالله ما رأيت رجلاً قطّ مثله، ردّني والله أقبح ردّ وماخرج عن قول صاحبه» والمرسل في الفقيه (٢) « إنه نظر النبي صلى الله عليه وآله إلى أولاد علي عليه السلام وجعفر فقال بناتنا لبنينا وبنونا لبناتنا » لكن من المعلوم خصوصاً الأخير عدم إرادة حرمة ذلك .

نعم في المسالك « إنه اعتبر بعض في الكفاءة زيادةً على ما ذكر الحرّية والنّسب والحرفة ، وفرّع على النسب أنّ العجمي ليس كفوا للعربية ، و غير القريشي ليس كفواً له ، ولا مطلق القريشي كفواً للهاشميّة ، و على الحرفة أنّ أصحاب الحرف الدنيّة ليسوا أكفاء للأشراف ولا لسائر المحترفة ، والكلّ ضعيف والأخبار النّبوية والأفعال تنفيه » .

قلت : ما حضرني من كتبهم قد اعتبر فيه في الكفاءة ذلك وأزيد منه من بعض الأمور المنافية للكفاءة عرفاً أولكمالها لا شرعاً ، لكنهم صرحوا بكون المراد

---

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب -٢٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣ وتمامه في الكافي ج ٥ ص ٣٤٥ وفيهما عن علي بن بلال .

(٢) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٧ .

من ذلك تسلط المرأة على الفسخ إن شاءت مع فرض تزويج وليّها إياها و هي غير عالمة ، لا أن المراد فساد النّكاح حتّى مع العلم والرّضا ، ولعلّ للأصحاب فيما تقدّم سابقاً من نكاح الولي الصغيرة كلاماً يشبه ذلك ، نحو قولهم لوزوّجها الولي من غير الكفو كان لها الخيار ، ضرورة إرادة الكفو عرفاً لا شرعاً وإلاّ كان النّكاح باطلاً ، لأن لها الخيار ، و مبناه على اعتبار المصلحة في تصرّف الولي بالنسبة إلى ذلك أوعدم المفسدة ، و نحو ماسمعته من اعتبار التمكّن من النفقة في الكفاءة ، نعم ربماكان بعض كلام في أفراد فاقد المصلحة و واجد المفسدة ، كالكلام في أن المراد بالخيار اجازة العقد و عدمه أو فسخه بعد الصّحة وأن الولي تبقي ولايته على البكر البالغة الرشيدة أولا ،كما عرفت البحث في ذلك كله ، والأمرسهل ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فقدذكرالمصنّف وغيره أنه ﴿لوخطب المؤمن القادرعلى النفقة وجب إجابته وإن كان أخفض نسباً ، ولوامتنع الوليّ كان عاصياً﴾ ولكن لا ريب في منافاته لما وقع منه و من غيره أيضاً من كراهة تزويج الفاسق ، و خصوصاً شارب الخمروالزاني والمخالف ، ولما في النصوص(١) من كراهة تزوّج المهاجرة بالأعرابي، وغير ذلك مما لايجتمع مع وجوب الاجابة إلاّ بنوع من التأويل ، فلابدّ من تقييد ذلك بما إذا لم يكن ممن يكره مناكحته ، بل في كشف اللثام زيادة : و لم يعلم فيه شيء من المسلطات على الفسخ ، ولم تأب المولّى عليها ، مضافاً إلى ما في المسالك من تقييده بعدم قصد العدول إلى الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوة، ثمّ قال : « وإنما يكون عاصياً مع الامتناع إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافيء وإن كان أدون منه ، و إلاّ جاز العدول إليه ، و كان وجوب الاجابة تخييرياً ، فلا يكون الولي عاصياً بذلك » .

على أن أصل الحكم لايخلو من إشكال ، إذ هو في الوليّ الشرعي لصغرونحوه مع عدم مصلحة خارجيّة تقتضي الوجوب يشكل دعواه ، للأصل و انتفاء الحاجة ، وفي المخطوبة التي هي أولى بنفسها لايجب عليها أصل النكاح فضلاً عن خصوصياته،

(١) الوسائل الباب -١٤- من أبواب مايحرم بالكفر.

و دعوى وجوب الاجابة عليها للخاص بعد فرض عزمها على أصل النكاح لا دليل عليها ، بل السيرة المستمرة على خلافها ، و ربما كان في تعليق الأمر على رضاها إشارة إلى عدم وجوب الاجابة عليها ، والأمر في النّصوص (١) السابقة بتزويج من يرضى دينه و خلقه إنما هو للأولياء العرفيّين بمعنى عدم مشروعيّة الامتناع من حيث الحسب والنسب والشرف والغناء والعظمة ونحوذلك مماكان مستعملاً للعرب في الجاهلية ، وكذا قوله تعالى (٢) « و انكحوا الأيامى » إلى آخرها، أو أن المراد به عدم جواز الامتناع منهم بعد فرض رضا المخطوبة ولو بقرائن الأحوال مع تأدية امتناعه إلى عدم وقوع النكاح، ولو للعادة بعدم استقلال البنت في أمرها رغباً ورهباً في وليّها و منه أونحو ذلك مما لا يقتضي الوجوب على من بيده عقدة النكاح من الولي ، أو المخطوبة من حيث خطبة المؤمن القادر على النفقة .

و كأنّه لذلك قال ابن إدريس فيما حكي عنه (٣) «روى أنّه إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته و كان عنده يسار بقدر نفقتها و كان ممن يرضى أفعاله و أمانته ولا يكون مرتكباً لشيء مايدخل به في جملة الفساق وإن كان حقيراً في نسبه قليل المال فلم يزوّجه إيّاها كان عاصياً لله تعالى مخالفاً لسنّة نبيّه ، و وجه الحديث في ذلك انه إنما يكون عاصياً إذا ردّه ولم يزوّجه لما هو عليه من الفقر والأنفة منه لذلك ، واعتقاده أنّ ذلك ليس بكفو في الشرع ، فأما إن ردّه ولم يزوّجه لا لذلك بل لأمر آخر وغرض غير ذلك من مصالح دنياه فلاحرج عليه ، ولا يكون عاصياً ، فهذا فقه الحديث» ومرجعه إلى ماذكرنا من معصيته إذا ازدرى بالخاطب أوضارّ المخطوبة .

و من ذلك يعلم ما في المسالك ، فانه ـ بعد أن ذكر أنه هل يعتبر في وجوب الاجابة بلوغ المرأة أم يجب على الولي الاجابة لمن ذكر وإن كانت صغيرة ؟ وجهان من إطلاق الأمر وانتفاء الحاجة ، والأصل في تخصيص الأولياء بالحكم أنه المجيب

---

(١) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب مقدمات النكاح .

(٢) سورة النور : ٢٤ ـ الاية ٣٢ .

(٣) السرائر ص ٢٩٥ ط ايران .

والمانع غالباً وإن لم يكن له الولاية شرعاً ، والأمر في الأخبار متعلق به لذلك ـ قال : « و في صحيحة علي بن مهزيار (١) قال : « كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه‌السلام في أمر بناته و أنّه لايجد أحداً مثله ، فكتب إليه أبوجعفر عليه‌السلام : فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وأنك لاتجد أحداً مثلك ، فلا تنظر في ذلك رحمك الله ، فانّ رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله قال : إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه ، إلاّ تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» دلالة على جميع ما ذكره المصنّف من الأحكام لاقتضاء الأمر الوجوب ، و استلزام مخالفته المعصية وتناوله الأخفض نسباً » قلت : لكن قدعرفت أنّ المراد من هذا الأمر (٢) .

وكذا ما في كشف اللّثام فانه بعد أن ذكر النبوي (٣) قال : « و لأنّ على الوليّ أن يفعل ماهوأصلح للمولّى عليه، ثمّ إن كانت البالغة مولّى عليها فلاإشكال، وإلاّ فان كانت المخطوبة بالغة ولكن يعلم من حالها أنّها لا تستقل بالنكاح حرم على الوليّ ردّ الخاطب إذا اتّصف بما ذكر ، فانّه ليس إلاّ منعاً لهما عن حاجتهما المرغوبة شرعاً وإن كانت صغيرة فالظاهر أنّه كذلك إن كان فيه مصلحتها ، ويؤيده قوله عليه‌السلام: (٤) «لا تؤخّروا أربعاً ـ وعدّ منها ـ تزويج بكر إذا وجد كفواً » قلت: ليس محل البحث وجود المصلحة بالنسبة إلى المولّى عليه ، ضرورة خروجه عما نحن فيه ، إنّما الكلام في الوجوب شرعاً من الولي الحقيقي من حيث خطبة المؤمن القادر على النفقة ، كما أنّه ليس منه فرض رغبة الخاطب و المخطوبة ، فانّه ليس للولي العرفي المنع قطعاً .

---

(١) الوسائل الباب ـ٢٨ـ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٢) هكذا فيالنسخة الاصلية المبيضة، والصحيح «لكن قدعرفت المراد منهذا الامر» كما هوكذلك فيالمسودة التى هى بخط المصنف طاب ثراه .

(٣) الوسائل الباب ـ٢٨ـ من أبواب مقدماتالنكاح الحديث ١ و ٢ .

(٤) سنن البيهقى ج ٧ ص١٣٣ وفيه «ثلاثة لاتؤخرها . . . . والايم اذا وجدت كفواً».

ولعلّه لما ذكرنا أطلق في محكي التذكرة استحباب تأخير تزويج الصغيرين إلى البلوغ، قال : « لأن النكاح يلزمهما حقوقاً ، وليكونا من أهل الاذن فليستأذنا أوليا العقد بأنفسهما عندنا ، لأن قضاء الشهوة إنما يتعلّق بالزوجين ، فنظرهما لأنفسهما فيه أولى من غيرهما ، خصوصاً فيمن يلزمهما عقده ، كالأب والجد» كما أنّ منه عرفت الحال في أصل الحكم ، و الله العالم .

﴿ ولو انتسب الزّوج إلى قبيلة فبان من غيرها كان للزوجة الفسخ ﴾ عند الشيخ في النهاية و ابني حمزة و سعيد على ما حكي عن الأخير منهم ، للتدليس ، ومضمر الحلبي الصّحيح (١) « في رجل تزوّج امرأة فيقول: أنا من بني فلان فلايكون كذلك ، قال : يفسخ النكاح ، أوقال : يردّ » و ردّه في كشف اللثام وغيره بالاضمار قال : « ولا يجدى أنّ الحلبي أعظم من أن يروي نحوذلك عن غير الامام ، لاحتمال رجوع الضمير إلى الحلبي ، ويكون الراوي عنه سأله » و على كلّ حال فقد وافقهم في المختلف إذا ظهر أنّه أدنى ممن انتسب إليه بحيث لايلائم شرف المرأة ، لما فيه من الغضاضة و الضّرر ، والخبر ، بدعوى أنّ المتبادر منه ذلك ، وابن إدريس فيما حكي عنه « إن شرط ذلك في العقد سواء كان من قبيلة أدنى ممن انتسب إليها أو أعلى ، للتدليس في العقد ، فانّهما إنما تراضيا بالعقد على ذلك ، فاذا ظهر الخلاف أعرض للفساد » بل ظاهر المسالك المفروغية من ذلك ، للعموم .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ فيماحكي عن مبسوطه والأكثر على ما في المسالك : ﴿ ليس لها ﴾ الفسخ ﴿ وهو أشبه ﴾ بأُصول المذهب وقواعده المستفادة من قوله تعالى (٢) : « أوفوا بالعقود » وحصر ردّ النكاح في غير ذلك في صحيح الحلبي(٣) « من معلوميّة بناء النكاح على اللزوم ولذا لم يجز فيه اشتراط الخيار ، بل ظاهر المصنّف والفاضل في القواعد كما اعترف به في كشف اللثام عدم الفرق بين أن تكون

(١) الوسائل الباب ـ١٦ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) سورة المائدة : ٥ ـ الاية ١٠ .

(٣) الوسائل الباب ـ ١ ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ .

قبيلته دون من انتسب إليها أم لا ، وسواء كانت دون قبيلتها أم لا ، ومن غير فرق بين الشرط و عدمه ، بل في كشف اللثام عن المبسوط «إنه بعد أن ذكر أن من دلّس بالحرية فان لم يشترطها في العقد كان النكاح صحيحاً قولاً واحداً ، وإن شرطها فيه كان فيه قولان » قال : « و هكذا القولان إذا انتسب إليها نسباً فوجد بخلافه ، سواء كان أعلى مما ذكر أو دونه » وهو يعطي أن الخلاف إنما هو عند الاشتراط في العقد ، ثمّ قال : « و إن كان الغرور بالنّسب فان وجد دون ما شرط و دون نسبها فلها الخيار ، لأنّه ليس كفواً ، وإن كان دون ما شرط لكنّه مثل نسبها و أعلى منه ، مثل أن كانت عربيّة فشرط هاشمياً فبان قرشيّاً أو عربيّاً ، فهل لها الخيار أم لا ؟ فالأقوى أنه لا خيار لها ، و في النّاس من قال : لها الخيار ، وقد روى (١) ذلك في أخبارنا » انتهى ، ومراده بالكفو العرفي لا الشرعي ، ولها الخيار حينئذ دفعاً للضرورة والفضاضة ، و أما من كان مثل نسبها أو أعلى فليس من ذلك ، وفي كشف اللثام « وفيه الاشتراك في التدليس» .

قلت : لكن الكلام فيما يدل على الخيار به في النكاح مطلقا سواء حصل منه ضرر أولا ، بل و فيما يدل عليه فيه بتخلف الوصف في الزّوجة أو الزّوج ، بل و بتخلّف نحو ذلك لو كان على جهة الشرطية دون الوصف ، بل و بتخلّف الشرائط التي ليست بشرائط أوصاف ، بل شرائط إلزامات ، كشرطيّة تمليك دار أو عبد مثلاً ، و قياس النّكاح على البيع في ذلك كله كما ترى ، خصوصاً مع الفرق بينهما بملاحظة الوصف في البيع في الثمن والمثمن بخلافه في الزوج والزوجة ، على أن المهر في النكاح فضلاً عن الشرائط التي هي قسط منه قد عرفت أن فساده لا يبطل النّكاح ، و يصحّ فيه اشتراط الخيار دونه ، و ليس ركناً من أركان النّكاح ، بخلاف الثمن في البيع ، « والمؤمنون عند شروطهم » (٢) لايقتضي أزيد من الالزام بالشرط القابل لأن يلزم بتأديته، لا مثل شرط أوصاف العين الخارجيّة ، والاستناد

(١) الوسائل الباب -١٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث -٠- .

(٢) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ .

إلى المضمر المزبور يقتضى العمل باطلاقه الذي لم يفرّق فيه بين الاشتراط وعدمه، و التعدية عن مضمونه تقتضي عدم الفرق بين الانتساب إلى قوم وغيره من الأوصاف و بين انتسابها و انتسابه و أوصافها و أوصافه ، كما أنّ قاعدة الشرطيّة تقتضي ذلك أيضاً .

ولكن لايخفى عليك ما في ذلك كله من الاشكال ، ولعله لذلك صرّح الشيخ بعدم الخيار مع الاشتراط ، ولاينافيه اثباته الخيار في الأوّل الذي علّله بعدم الكفاءة لامن جهة الشرطيّة ، و يمكن حمل المضمر المزبور على تزويج الولي أو الوكيل أوغيرهما ممن يعتبر فيلزوم نكاحه المصلحة أوعدم المفسدة، والمفروض تخلف ذلك، فتسلط على الخيار أوعلى ردّ العقد .

هذا ولكن ستعرف في باب التدليس ما يدلّ على ثبوت الخيار به مع اشتراط ذلك في متنه ، بل ظاهرهم هناك الاجماع على ذلك ، بل يقوى في النظر ثبوت الخيار إذا تزوّجها على الوصف الّذي دلست به فبان الخلاف وإن لم يشترط ذلك في متن العقد ، فلا حظ وتأمّل ، والله العالم .

﴿ و يكره أن يزوّج الفاسق ﴾ كما في القواعد وغيرها ، بل في المسالك لا شبهة في كراهة تزويجه، حتّى منع منه بعض العلماء لقوله تعالى:(١) « أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لايستوون » ومفهوم قوله ﷺ(٢) : «إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوّجوه » الدال على أن من لايرضى دينه لا يزوّج ، والفاسق كذلك و في كشف اللثام تعليله بأنه لفسقه حرّى بالاعراض و الاهانة ، والتزويج إكرام ومودّة ، ولأنه لايؤمن من الاضرار بها وقهرها على الفسق ، ولا أقل من ميلها إليه أو سقوط محله من الحرمة عندها .

ولكن الجميع كما ترى لا يفيد الكراهة لمطلق الفسق حتّى الاصرار على بعض الصغائر الّذي قلّ مايخلو منه أحد ، والآية إنما يراد من الفسق فيها الكفر

---

(١) سورة السجدة : ٣٢- الاية ١٨ .

(٢) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

بقرينة مقابلة الايمان ، على أن نفي الاستواء لا يقضي بكراهة التزويج ، و ليس مندرجاً فيمن لا يرضى دينه قطعاً ، بل و الخلق بناءً على أن المراد منه حسن السجايا التي لاينافيها بعض أنواع الفسق ، كما عساه يومىء إليه النهي عن تزويج سيّىء الخلق ، قال الحسين بن بشار الواسطي (١): «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام أنّ لي قرابة قد خطب إلى ابنتي وفي خلقه سوء ، فقال : لا تزوّجه إن كان سيّىء الخلق» و ليس كلّ فسق حربياً بالاعراض و الاهانة على وجه ينافيه التزويج ولا يؤمن معه من الاضرار بها ومن قهرها عليه ، خصوصاً مع فرض فسقها ، ولا كلّ فسق يسقط حرمة الايمان التي قد علمت من الشريعة ، ولم نعرف من نسب إليه من العلماء المنع منّا ، بل في كشف اللثام لا يحرم اتفاقاً منّا ، ولعله من العامّة ، إلا أنه يمكن أن يكون من إنكار الضروريات .

نعم لا ريب في الكراهة بالنّسبة إلى بعض أنواع الفسق ، كشرب الخمر الذي قال المصنّف فيه : ﴿ و تتأكد ﴾ أي الكراهة ﴿ في شارب الخمر ﴾ و قال الصادق عليه السلام (٢) : « من زوّج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها » ﴿ و ﴾ كالزنا وغيرهما من أنواع الفسق التي فيها من الغضاضة و عدم الائتمان مالايخفى ، خصوصاً بالنسبة إلى بعض الناس وبعض النساء .

كما لا ريب في كراهة ﴿ أن تزوّج المؤمنة بالمخالف ﴾ لما عرفته ﴿ ولا بأس بالمستضعف ، و هو الذي لايعرف بعناد ﴾ بمعنى عدم تلك الكراهة الحاصلة في غيره وإن كان هو أيضاً مكروهاً ، للنهي عنه (٣) كالنهي عن النّكاح منهم (٤) وخصوصاً على المؤمن ، وإن خفّت الكراهة في البله من نسائهم والمستضعفات منهنّ ،

---

(١) الوسائل الباب -٣٠- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٢٩- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب -١١- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٦.

(٤) الوسائل الباب -١٠- من أبواب مايحرم بالكفر .

وفي خبر سدير(١) قال : «قال لي أبو جعفر عليه السلام : يا سدير بلغني عن نساء أهل الكوفة جمال وحسن تبعّل فابتغ لي امرأة ذات جمال في موضع ، فقلت : قد أصبتها جعلت فداك ، فلانة بنت فلان بن محمد بن الأشعث بن قيس ، فقال لي: يا سدير إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لعن قوماً فجرت اللعنة في أعقابهم ، وإنّ علياً عليه السلام لعن قوماً فجرت اللعنة في أعقابهم إلى يوم القيامة ، و أنا أكره أن يصيب جسدي جسد أحد من أهل النار» .

وكذا يكره نكاح الزنج قال أمير المؤمنين عليه السلام (٢) : «إيّاكم و نكاحهم ، فانّه خلق مشوه» و قال الصادق عليه السلام : (٣) «لاتناكحوا الزنج والخزر ، فانّ لهم أرحاماً تدل على غير الوفاء ، قال : والسند و الهند و القندليس فيهم نجيب ، يعني القندهار» وقال عليه السلام أيضاً : (٤) «لاتنكحوا في(من خ ل) الأكراد فانهم حيّ من الجن كشف الله عنهم الغطاء» وقال أمير المؤمنين عليه السلام :(٥) «إيّاكم وتزويج الحمقاء ، فان صحبتها بلاء ، و ولدها ضياع» وقال الصادق عليه السلام : (٦) «زوّجوا الأحمق ولاتزوّجوا الحمقاء ، فانّ الأحمق قد ينجب والحمقاء لا تنجب» و عن الباقر عليه السلام (٧) وقد «سئل عن الرجل المسلم تعجبه المرأة الحسناء أيصلح له أن يتزوّجها وهي مجنونة ؟ قال : لا ، ولكن إن كانت عنده أمة مجنونة فلابأس بأن يطاءها ، ولا يطلب ولدها» إلى غير ذلك مما ورد في النّصوص النهي عن نكاحه وإنكاحه المحمول على الكراهة وشدّتها، والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب -١٤٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ وليس فيه «ان عليا عليه السلام لعن قوماً فجرت اللعنة في اعقابهم» .

(٢و٣) الوسائل الباب -٣١- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١-٢ .

(٤) الوسائل الباب -٣٢- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٥و٦) الوسائل الباب -٣٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١-٢ .

(٧) الوسائل الباب -٣٤- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

المسألة ﴿ الثانية ﴾

﴿ إذا تزوّج بامرأة ﴾ و لو بزعم أنها عفيفة ﴿ ثمّ علم ﴾ أي بان ﴿ أنها كانت زنت لم يكن له فسخ العقد ﴾ وفاقاً للمحكي عن النهاية والخلاف والسرائر والجامع و موضع من المهذب وغيرها ، بل هو المشهور ، للأصل و حصر موجب الفسخ في غيره في صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام « إنما يردّ النّكاح من البرص والجذام والجنون والعفل» وخبر رفاعة (٢) عنه عليه السلام سأله « عن المحدود والمحدودة هل يردّ من النكاح ؟ قال : لا » خلافاً للمحكي عن الصدوق و أبي علي ، فخيراه ، للعار الّذي يندفع بالطلاق ، و لقول أمير المؤمنين عليه السلام (٣) « في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها ، قال : يفرّق بينهما ، ولاصداق لها، لأنّ الحدث كان من قبلها » وهو مع الضعف وظهوره في الانفساخ لا يفيد المطلوب، فانّ ظاهره أن الزّنا بعد العقد، مع احتمال التفريق بالطلاق ، بل قيل : إنّه أولى ، والمحكي عن المفيد وسلار والتقي و القاضي و موضع آخر من المهذب ، فخيّروه إذا ظهر أنها حدّت في الزنا ، من غير تعرّض لغير المحدودة من الزّنا، ولعلّه لكون العار فيها أشدّ ، وهم محجوجون بما عرفت .

و على كلّ حال فلا فسخ له ﴿ ولا الرجوع على الوليّ بالمهر ﴾ بعد فرض استحقاقها له بالدّخول ، سواء أمسكها أو فارقها ، للأصل واستيفائه المعوض ، وإلاّ كان جامعاً بين العوض والمعوّض عنه ، بل الظاهر أن عدم الفسخ لا يجامع تضمين المهر ، خلافاً للشيخ في النهاية ، فقال : له الرجوع ، وكذا ابن إدريس إن كان

(١) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب -٥- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب -٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣ .

الولي عالماً بأمرها ، للتدليس و صحيح معاوية بن وهب (١) سأل الصادق عليه السلام عن ذلك فقال : « إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوّجها ، ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وإن شاء تركها » ونحوه خبر عبدالرحمان بن أبي عبدالله (٢) عنه عليه السلام و لحسن الحلبي (٣) سأله « عن المرأة تلد من الزنا ولا يعلم بذلك أحد إلا وليها أيصلح له أن يزوجها و يسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبة أو معروفاً ؟ فقال : إن لم يذكر ذلك لزوجها ثم علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليها بما دلس عليه كان له ذلك على وليها ، وكان الصداق الذي أخذت لها ، لا سبيل عليها فيه بما استحل من فرجها ، وإن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس » .

وإلى ذلك أشار المصنف بقوله : ﴿ و روى أن له الرجوع ، و لها الصداق بما استحل من فرجها ، و هو شاذ ﴾ و في كشف اللثام « يمكن حملها على ما إذا شرط على الولي أن لا تكون زانية، وقوله عليه السلام في الخبر الأول : «إن شاء تركها» يحتمل أن يكون بمعنى الامساك كما في هذا الخبر ، و أن يكون بمعنى الفراق بطلاق أوفسخ على القول به، قلت : على الأول يكون المراد الامساك من غير رجوع بالمهر كي يصح مقابلا لقوله عليه السلام أولا : « إن شاء أخذ» بل يتعين إرادة الكناية بالأول عن الفسخ ثم الرجوع بما اغترمه للمرأة ، وحينئذ يتجه الاستدلال بهذه النصوص للصدوق و الاسكافي على الخيار ، بل قد يؤيد ذلك إمكان دعوى منافاة عدم الفسخ للرجوع بالمهر الذي قد تضمنته على الولي، ضرورة اقتضائه رضاه بالبضع الذي هو بدل عوضه ، نعم لو فسخ العقد و الفرض أن الامرأة قد غرمته بما استحل من فرجها الصداق كان له الرجوع به على من غره لا أنه يرجع به عليه مع عدم الفسخ ، فيكون حينئذ قد جمع بين العوض و المعوض عنه ، ومقيماً على الانتفاع بالبضع بلا عوض .

---

(١) أشار اليه في الوسائل في الباب -٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٤ وذكره في الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٢و٣) الوسائل الباب -٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣-١ .

و من ذلك يعلم ضعف القول بالرجوع بالمهر على الولي مع عدم الفسخ ، خصوصاً مع اقتضاء التعليل المقتضي لذلك أنه يرجع عليها لوفرض مباشرتها للنكاح بنفسها من غير ولي ، و يلزم منه استدامة استحلال الانتفاع ببضعها من غير عوض ، وهوخلاف المعلوم نصاً و فتوى فيغير المقام ، كما أنّ منه يعلم شذوذ مفاد الأخبار المزبورة ، ضرورة عدم ثبوت القول بالرجوع بالمهر على الولي مع الفسخ من الصدوق وأبي علي ، بل ظاهر الخبر المذكور سنداً لهما عدم الصّداق لها ، و اقتصار الشيخ وغيره على الرجوع بالمهر من غير فسخ ، وقد عرفت أنه خلاف ظاهرها ، فتكون حينئذ شاذة لم يفت أحد بمضمونها ، و بذلك يعلم قصورها عن معارضة قاعدة اللزوم و استصحابه ، خصوصاً في النكاح الراجح فيه جهة اللزوم بدليل عدم صحة اشتراطها الخيار فيه ، على أنّه ربما لا يكون غرور من الولي بذلك ، ولا نقص في المعارضة الّتي وقعت منه ، ضرورة عدم مدخليّة الزنا السابق في نقص الانتفاع بالبضع الّذي هو المقابل بالمهر ، فيقوى حينئذ عدم الفسخ و عدم الرجوع بالمهر أصلاً ، ولو قيل بأن له الفسخ في خصوص المهر و الرجوع إلى مهر المثل مع فرض نقصانه عن المسمّى كان وجهاً ، والله سبحانه هو العالم .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾

﴿ لايجوز التعريض بالخطبة ﴾ بالكسر ولو معلقة على فراق الزّوج لذات البعل ، بل ولا ﴿لذات العدّة الرجعيّة﴾ من غير الزّوج ﴿ لأنها زوجة ﴾ حكماً فضلاً عن التصريح إجماعاً محكياً من غير واحد إن لم يكن محصّلاً ، وهو الحجة مضافاً إلى ما في ذلك من منافاة احترام العرض المحترم كالمال والدم ، و من إفساد الأمرأة على زوجها الّذي ربما أدى إلى سعيها بالتخلص منه ولو بقتله بسم و نحوه كما وقع لجعيدة بنت الأشعث زوجة الحسن عليه السلام لما خطبها معاوية بن أبي سفيان

لجروه يزيد (١) نعم لا بأس بها تعريضاً و تصريحاً للخلية من الزوج و العدة ، بل هي حينئذ مستحبة للتأسي (٢) و لما فيها من تأليف قلبها وقلوب أوليائها ، و ليست شرطاً ولا واجبة اتفاقاً .

﴿ و يجوز ﴾ التعريض ﴿ للمطلقة ثلاثاً ﴾ في العدّة ﴿ من الزوج و غيره ولايجوز﴾ فيها ﴿التصريح لهامنه ولامن غيره ﴾ قيل: للآية (٣) منطوقاً ومفهوماً ، و دعوى اختصاصها بعدّة الوفاة ممنوعة و إن كانت بائناً لكن ذلك لا يقتضي التخصيص ، ويجوز تصريحاً بعد العدّة من غيره لا منه قبل المحلل ، لحرمتها عليه دون غيره .

﴿ أمّا المطلقة تسعاللعدّة ينكحها بينها رجلان ﴾ ونحوها مما تحرم على الرّجل أبداً كالملاعنة و المرضعة ﴿ فلا يجوز التعريض لها من الزّوج ﴾ في غير العدّة فضلاً عنها ، ﴿ ويجوز من غيره ﴾ للآية (٤) ﴿ ولايجوز التصريح في العدّة منه ولا من غيره .

و أمّا المعتدّة البائنة سواءكانت عن خلع أو فسخ فيجوز التعريض من الزّوج وغيره ﴾ للآية (٥) وعن الشيخ التردد في الغير من ذلك ومن أنها في عدة الغير مع جواز رجوعها إليه بنكاح ﴿ و ﴾ يجوز ﴿ التصريح من الزّوج ﴾ في العدّة المضروبة احتراماً له ، و لذا جاز له نكاحها فيها ، فيجوز له حينئذ التصريح فيها ﴿ دون غيره ﴾ الّذي لا يجوز له ذلك ، و العمدة في هذه الأحكام ما حكوه من الاجماع الّذي به يتم ارادة خصوص التعريض المرادف للتلويح المقابل للتصريح

---

(١) البحار ج ٤٤ ص ١٤٨ و ١٤٩ و ١٥٤ و ١٥٥ . والجرو بتثليث الجيم : ولدالكلب .

(٢) الوسائل الباب ـ ٤٢ ـ من أبواب مقدمات النكاح والمستدرك الباب ـ٣٣ـ منها .

(٣و٤و٥) سورةالبقرة : ٢ـ الاية ٢٣٥ .

من الآية (١) و هو إيهام المقصود بما لا يوضع له حقيقة ولا مجازاً ولا لازماً بخلاف الكناية المفهمة للمراد بذكر اللوازم .

﴿وصورة التعريض أن يقول: رب راغب فيك أو حريص عليك﴾ وإن الله لسائق إليك خيراً وإنك لجميلة ﴿ وما أشبهه ﴾ من الأقوال ﴿ و التصريح أن يخاطبها بما لا يحتمل إلا النكاح، مثل أن يقول إذا انقضت عدتك تزوجتك ﴾ ونحو ذلك، لكن لا يخفى عليك احتياج دلالة الآية (٢) على هذه التفاصيل إلى شيء آخر من إجماع و نحوه ، خصوصاً بعد خلو النصوص الواردة فيها عن ذلك ، ففي الحسن أو الصحيح (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن قول الله عز وجل (٤): ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ، قال : هو الرجل يقول للمرأة قبل أن ينقضي عدتها أواعدك بيت آل فلان ، ليعرض لها بالخطبة ، و يعني بقوله : إلا أن تقولوا قولاً معروفاً، التعريض بالخطبة، ولا يعزم عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله» و خبر عبدالله بن سنان (٥) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله عز وجل (٦) : لا تواعدوهن - إلى آخرها - فقال: السر أن يقول الرجل ، موعدك بيت آل فلان ثم يطلب إليها أن لا تسبقه بنفسها إذا انقضت عدتها ، فقلت : فقوله : إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ، قال : هو طلب الحلال في غير أن يعزم عقدة النكاح قبل أن يبلغ الكتاب أجله » وخبر أبي حمزة(٧) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل(٨) لا تواعدوهن - إلى آخرها - قال : يقول الرجل : أواعدك بيت آل فلان ، يعرض لها بالرفث ويرفث يقول الله عز وجل : إلا أن تقولوا قولاً معروفاً، والقول المعروف

(١و٢و٤) سورة البقرة : ٢- الآية ٢٣٥ .

(٣) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢ .

(٥) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١ .

(٦و٨) سورة البقرة : ٢- الآية ٢٣٥ .

(٧) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٣ عن علي بن أبي حمزة .

التعريض بالخطبة على وجهها وحلها ، ولا تعزموا عقدة النّكاح حتّى يبلغ الكتاب أجله » و خبر البصرى (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « في قول الله عزّوجلّ : إلاّ أن تقولوا قولاً معروفا، قال : تلقاها فتقول : إنّي فيك لراغب ، وإنّي للنساء لمكرم فلا تسبقيني بنفسك ، والسرّ لا يخلو معها حيث وعدها » .

ضرورة كون المراد من هذه النّصوص تفسير المواعدة المنهي عنها والمتضمنة للقول المعروف المرخص فيها ، وآخر الاخيرة تفسير للسرّ المنهي عن مواعدته ، أعني الخلوة بها ، و إنما قال : « لايخلو » لأن النهي راجع للخلوة إلا للتعريض للخطبة على وجهها و حلها ، و كانوا يعرضون للخطبة في السرّ بما يستهجن ، فنهوا عن ذلك ، كما يستفاد من رواية أبي حمزة ، وفي رواية العياشي عن الصادق عليه السلام (٢) في هذه الآية « المرأة في عدّتها تقول لها قولاً جميلاً ترغبها في نفسك ، ولاتقول : أصنع كذا و أصنع كذا ، القبيح من الأمر في البضع وكل أمر قبيح » .

وهي جميعاً كما ترى لا دلالة فيها على ماسمعته من الأصحاب ، بل قد يقال: استعمال التعريض في المعنى المخصوص الّذى ذكروه شيء حادث ، لا أن ذلك معناه لغة ، فان لم يكن اجماع أمكن أن يقال : إن المراد ولو بمعونة الأخبار المزبورة نفي الجناح عن التعريض بالخطبة بما لم يستهجن ويعدّ من الفحش ومناف للحياء ونحو ذلك ، وإن كان تصريح اللفظ مثل ماسمعته عن الصادق عليه السلام في تفسير القول المعروف، ومثل قوله صلى الله عليه وآله لفاطمة بنت قيس:(٣)«إذاحللت فآذنيني ولاتفوّتينا نفسك» بخلاف الألفاظ المستهجنة الّتي كانوا يستعملونها في الخطبة ، من ذكر الجماع و كثرته و نحو ذلك ، على أن يكون المراد بالمواعدة سراً نحو ذلك ، و عبّر عنه بالسرّ لأنّه ممايسرّ به ، قال امرىء القيس :

ألا زعمت بسباسة اليوم أنني كبير و أن لايشهد السرّ أمثالي

(١و٢) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٥ و ٦.

(٣) سنن البيهقى ج ٧ ص ١٧٨ .

و قال الفرزدق :

موانع للأسرار إلاّ من أهلها و يخلفن ما ظن الغيور التقشف

يعني أنهن عفائف يمنعن الجماع إلاّ من أزواجهن ، و حينئذ يكون السرّ مفعولاً به، وهو المنهي عنه ، بخلاف القول المعروف ، فالتصريح المنهي عنه في مقابل التعريض هذا ، لا التصريح بالنكاح على سنّة الله و سنّة رسوله ﷺ .

أو يقال: إنّ المراد بالمواعدة سراً الخلوة بها إلاّ للقول المعروف ، لا للمفاكهة و التلذّذ بها ، و إرادة القبيح بهن كما حكاه الرازي في تفسيره ، قال : « روى الحسن (١) أنه كان الرّجل يدخل على المرأة و هو يعرض بالنكاح ، فيقول لها دعيني أجامعك فاذا تمّمت عدّتك أظهرت نكاحك» .

و حاصل الآية حينئذ أنه لاجناح عليكم في خطبة النساء أي طلبهن للنكاح وذكرهن لذلك وفيما أكننتم في أنفسكم من ذلك ، لأن الله قد علم أنكم لابدّ وأن تذكروهنّ في أنفسكم وفي ألسنتكم ، فرؤوف بكم و نفى الجناح عنكم في ذلك كلّه ، وأذن لكم في ذكرهنّ للنّكاح وخطبتهنّ ، ولو كنّ في عدّة وفاة أوغيرها من عدّة البائن فاذكروهنّ واخطبوهنّ ، ولكن لاتخطبوهن بأن تواعدوهنّ سرّاً أي جماعاً و نحوه من الأشياء المستهجنة أو تواعدوهنّ خلوة إلاّ للقول بالمعروف لا لغيره ، و بذلك ظهر لك وجه الاستثناء متّصلاً و منقطعاً ، بل و وجه الاستدراك ، وأمّا ما سمعته من الأصحاب من الفرق بين التعريض والتصريح فيصعب استفادته تماماً منها إلاّ بمعونة إجماعهم ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿لو صرّح﴾ بالخطبة ﴿ في موضع المنع ﴾ منه ﴿ ثمّ انقضت العدّة فنكحها لم تحرم ﴾ قطعاً واجماعاً بقسميه ، للأصل والعمومات بعد معلوميّة عدم اقتضاء الإثم في ذلك حرمة النّكاح ، كما هو واضح . ولعله نبّه عليه لخلاف بعض العامّة .

---

(١) تفسير الرازي ج ٦ ص ١٤٢ - الطبعة الاولى .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾

﴿ إذا خطب ﴾ منها ﴿ فأجابت ﴾ ولو بالسكوت الدال على ذلك أو من وليها الشرعي فأجاب ﴿ قيل ﴾ و القائل الشيخ في بعض كتبه : ﴿ حرم على غيره خطبتها ﴾ لقوله ﷺ: (١) «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» وحرمة الدخول في سوم المؤمن الذي منه ذلك ، بقرينة قوله ﷺ : (٢) « انه مستأم يأخذ بأغلى ثمن» ولوجوب الاجابة عليها ، ولما فيه من إيذاء المؤمن واثارة الشحناء، وفيه منع صحة الخبر المزبور وكونه مستأماً حقيقة و حرمة الدخول في السوم و لزوم إجابة كفو المنع من اجابة آخر خصوصاً إذا رجح على الأول ولو بزيادة ركونها إليه مع كون الأمر بيدها، فأصالة الجواز حينئذ سالمة عن المعارض ﴿و﴾ على تقدير الحرمة ﴿ لو ﴾ أثم و خطب و ﴿ تزوج ذلك الغير كان العقد صحيحاً ﴾ قطعاً ، للأصل و العمومات ، و عدم اقتضاء الإثم في ذلك الفساد في العقد الذي لم يتعلق به نهي ، و هو واضح ، كما أنه على ذلك التقدير أيضاً لا يحرم خطبة المسلم على الذمي ، ضرورة عدم الأخوة بينهما ، كما هو واضح ، والأمر سهل .

المسألة ﴿ الخامسة ﴾

﴿إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً، فلو شرطت في العقد﴾ على المحلل ﴿أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما﴾ بمعنى ارتفاعه بنفسه بعد حصول ما يتحقق به التحليل ﴿بطل العقد﴾ لأنه ليس من حقيقة النكاح في شيء ، لا من الدائم ولا من المنقطع، فانه نكاح منقطع بالاصابة ، وليس ذلك بنكاح شرعي، وعن المبسوط الاجماع عليه ، بل عنه ﷺ(٣)

(١و٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٧٩-٢٠٨ .

(٢) الوسائل الباب -٣٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١٩٨ .

« لعن المحلّل والمحلّل له » وتسميته التيس المستعار ، وإن كان الظاهر إرادة كراهة الفرد الصحيح منه ، لاما نحن فيه الّذي قد عرفت فساد العقد فيه .

هذا ﴿و﴾ لكن ﴿ربما قيل﴾ بصحّة العقد في الفرض، و﴿ يلغو الشرط﴾ بل نسب إلى الشيخ و لم نتحققه ، نعم في المسالك « هو بابن إدريس أنسب ، لأنّه صرّح في غير موضع من النكاح وغيره أن فساد الشرط لايفسد العقد ، محتجاً عليه بعموم « أوفوا بالعقود » (١) ولأنهما شيئان كلّ منهما منفك عن الآخر ، فلم يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر ـ وردّه ـ بأن المراد من الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من صحة وبطلان ، سلمنا أن المراد به العمل بمضمونه لكنه مشروط بوقوعه صحيحاً بالتراضي، ولم يحصل هنا، وانفكاك العقد عن الشرط في نفسه مسلّم لكنه في العقد المخصوص مرتبط به، لأن التراضي انما وقع كذلك» .

قلت : قد عرفت في كتاب البيع تمام البحث في ذلك ، إلاّ أن الظاهر عدم التزامه بما هو نحو المقام مماكان الشرط فيه راجعاً إلى نقض العقد و إلى عدم قصد معنى النّكاح المعتبر شرعاً ، أللّهمّ إلاّ أن يقال بعد مشروعيّة الانقطاع في النكاح لم يفسد بقصده فيه ، على أن المقصود هنا النكاح الدائم واشتراط ارتفاعه بما يؤكد كون المراد ذلك ، ولكن أراد ارتفاعه بالشرط ، فيبتني حينئذ على مسألة اقتضاء فساد الشرط فساد العقد وعدمه ، إذ لا كلام في فساد الشرط هنا ، لمخالفته مادل من الكتاب والسّنة على عدم ارتفاع النّكاح إلاّ بالطلاق ، و دعوى شرعيّته (٢) شرط كلّ نتيجة مشروعة بسببها ـ فيقوم هو حينئذ مقام كلّ سبب يقتضي ذلك من غير فرق بين النكاح والطلاق والعتق وبين غيرها ـ واضحة الفساد بعدم دليل يقتضي ذلك كما أوضحناه في محله .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لوشرطت الطلاق﴾ على المحلل مثلاً ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي الخلاف والمبسوط : ﴿ يصحّ النّكاح ويبطل الشرط ﴾ بل

---

(١) سورة المائدة : ٥ ـ الاية ١ .

(٢) هكذا في النسخة الاصلية .

لعله لازم لابن إدريس و غيره ممن لا يرى بطلان العقد ببطلان الشرط ، و المراد ببطلانه عدم لزوم الوفاء به، وظاهرهم المفروغيّة من بطلان الشرط ، بل في المسالك انه متفق عليه ، ولو لا ذلك لأمكن المناقشة فيه بأن مقتضى عموم « المؤمنون»(١) وغيره الصحّة نحو البيع المشترط فيه الاقالة، وليس اشتراط ذلك منافياً لقصد النكاح ، بل ولا لدوامه كما أنّه ليس اشتراط ما يحصل به الفسخ اشتراطاً للفسخ حتّى يكون نحو الأوّل ، اللّهمّ إلاّ أن يقال : إن اشتراط الطلاق يرشد إلى عدم قصد النكاح الدائم ، بل المنقطع لاعلى الوجه المعتبر فيفسد ، لكنه كما ترى . ويمكن أن يكون نسبة ذلك إلى القيل هنا والقواعد إشارة إلى ما ذكرناه من احتمال الصحّة، فيهما، ويمكن أن يكون ذلك لاختيارهما اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد ، وفيه أنه مناف لجزمهما بالبطلان في الأوّل دونه .

و في كشف اللثام أن الداخل في حيّز القيل المؤمأ إلى تمريضه قول القائل بعد ذلك : ﴿ وإن دخل فلها مهر المثل﴾ باعتبار بطلان الشرط الّذي له قسط من المهر ، لأنها إنما رضيت به لأجل الشرط ، فاذا سقط زيد على المسمّى مقدار مانقص لاجله ، و هو مجهول ، فتطرق حينئذ الجهل إليه ، و يبطل بذلك ، فترجع إلى مهر المثل ، و إلاّ فالوجه أن العقد صحيح قولاً واحداً ، فان الخلاف إنما هو فيما إذا اقترن بشرط فاسد ، و قد عرفت أنه غير لازم لافاسد كالأوّل .

قلت : قد صرّح ببطلان العقد في جامع المقاصد والمسالك ، وأنه من مسألة اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد ، و هو كذلك كما لايخفى على من لاحظ تلك المسألة و أدلتها الّتي لم يفرق فيها بين الشرائط حتّى مثل هذا الشرط الّذي ثبت بطلانه بالاجماع المحكي وإن كان مقتضى العمومات صحته ، فظهر حينئذ من ذلك أنه لا وجه لصرف القيل إلى ما ذكره ، على أنه لا وجه للنظر في الرّجوع إلى مهر المثل ، اللّهمّ إلاّ أن يقال : إن بطلان الشرط لايقتضي ذلك ، فانه ليس جزءاً

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من أبواب المهور الحديث ٤ .

للمسمّى ، و لو سلّم مدخليّته فلا أقلّ من أن يسلّط على الخيار في المسمّى ، لا أنه يبطله ويحقق مهر المثل، وكيف كان فعلى القول ببطلان العقد ببطلان الشرط يجب بالدخول مهر المثل مع جهلها بالتحريم ، و إلاّ فلا مهر لبغيّ ، هذا كلّه فيما إذا صرّح بالشرط في العقد سواء كان الطلاق أو ارتفاع النّكاح .

﴿ أمّا لو لم يصرّح بالشرط في العقد وكان ذلك﴾ إلى الطلاق أو ارتفاع النّكاح ﴿في نيّته أو نيّة الزوجة أو الوليّ لم يفسد﴾ شيء من العقد ولا من المهر بلا خلاف أجده فيه ، بل في كشف اللّثام لعلّه موضع وفاق ، بل في المسالك هو كذلك ، و هو الحجة مضافاً إلى العمومات ، لكنه مكروه كما عن المبسوط والخلاف ، نعم في كشف اللثام لابدّ من أن يكونا استعملا النّكاح في حقيقته لكنهما يظنان أنه يرتفع بالتحلل أو ينويان إيقاعه بعده ، فلو أدخلاهما أو أحدهما في معنى النّكاح لم يصح الأوّل ، لما عرفت من خروجه عن حقيقة النّكاح ، وربما احتمل الثاني الفساد على قياس ما مرّ في اشتراط الطلاق ، قلت : وكذا لو كان من نيّتهما الاشتراط على وجه أوقعا العقد عليه وإن لم يذكراه في متنه ، فانه يأتي فيه البحث في أنّ الشرط المضمر كالمذكور أولا ، و لعل الأوّل لايخلو من قوة ، و من ذلك يعلم أن اسم الاشارة و نحوه في المتن وغيره راجع إلى الارتفاع أو الطلاق لاعلى جهة الاشتراط وإن كان اللفظ قد يوهم ذلك ، بل ربما أوهمه عبارة المسالك ، لكن التحقيق ماعرفت .

﴿ و﴾ على كل حال فاعلم أن ﴿ كلّ موضع قيل﴾ فيه ﴿يصحّ العقد فمع الدخول﴾ الّذي يحصل به التحليل ﴿ تحلّ ﴾ الامرأة ﴿للمطلق﴾ الأوّل ﴿ مع الفرقة وانقضاء العدّة ﴾ بلاخلاف ولا إشكال، لحصول الشرط ﴿وكلّ موضع قيل﴾ فيه ﴿يفسد﴾ العقد ﴿لا تحلّ﴾ وإن دخل بها شبهة ﴿لأنه لا يكفى الوطء﴾ في التحليل ﴿مالم يكن عن عقد صحيح﴾ بلا خلاف ولا إشكال أيضاً ، وبذلك تظهر الثمرة فيما سمعته سابقاً من القول بفساد الشرط والعقد والقول بفساد الشرط خاصّة ، ضرورة عدم حصول التحليل بالأوّل و إن حصل الوطء شبهة ، بخلافه على الثاني ،

فانه يحصل التحليل ، لكون المفروض صحة العقد ، وهو مع الدخول كاف و إن فسد المسمى ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة ﴾

﴿ نكاح الشغار ﴾ بكسر الشين وفتحها والغين المعجمتين محرم و﴿ باطل ﴾ عندنا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لعل المحكي منهما متواتر ، مضافاً إلى النبوي (١) « لا شغار في الاسلام » و في خبر آخر أنه ﷺ نهى عنه (٢) فما عن أبي حنيفة وجماعة من صحته وبطلان المهر خاصة اجتهاد في مقابلة النص والاجماع ، والظاهر أن الإضافة فيه بيانية من باب اضافة العام إلى الخاص ، قال في الصحاح : «الشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية ، وهو أن يقول الرجل لآخر : زوجني ابنتك أو اُختك على أن اُزوجك اُختي أو ابنتي على أن صداق كل واحدة منهما بضع الاُخرى كأنهما رفعا المهر و أخليا البضع عنه » و إن كان تفسيره بما سمعت كما عن المجمع جرياً على طريقة أهل الأدب في تعريف الأشياء ببعض لوازمها ، بل ربما وقع ذلك في بعض الأخبار أيضاً كمرفوع جمهور عن أبي عبدالله عليه السلام (٣) قال: « نهى رسول الله ﷺ عن نكاح الشغار وهي الممانحة، وهو أن يقول الرجل للرجل: زوجني ابنتك حتى اُزوجك ابنتي على أن لا مهر بيننا » .

﴿ و ﴾ لكن من المعلوم أن الشغار ليس هذا القول ، بل ﴿ هو أن يتزوج امرأتان برجلين على أن يكون مهر كل واحدة نكاح الاُخرى ﴾ بمعنى العقد

(١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب عقد النكاح الحديث ٢ و سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٠ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب عقد النكاح الحديث ٣ و سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٠ .

(٣) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ٣.

المشتمل على ذلك، قال الصادق عليه السلام في خبر غياث بن إبراهيم (١) قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «لاجلب ولاجنب ولاشغار في الإسلام، والشغار أن يزوّج الرجل ابنته أو اُخته ويتزوّج هو ابنة المزوّج أو اُخته ولايكون بينهما مهر غير تزويج هذا من هذا وهذا من هذا» بل هو المراد من قول أبي جعفر عليه السلام في مرسلة ابن بكير (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام أو أبي جعفر عليه السلام «نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحدة منهما صداق إلاّ بضع صاحبتها وقال عليه السلام: لا يحل أن ينكح واحدة منهما إلاّ بصداق أو نكاح المسلمين» وفي محكي القاموس «الشغار بالكسر أنّ تزوّج الرجل امرأة على أن يزوّجك اُخرى بغير مهر، صداق كلّ واحدة بضع الاُخرى أو يخصّ به القرائب» بل المحكي عن الفقهاء أجمع أنّهم يأخذون في تعريفه العقد، وفي القواعد «هو جعل نكاح امرأة مهر اُخرى، فيبطل نكاح الممهورة، ولو دار بطلا» وفي كشف اللثام في تفسيرها «هو جعل نكاح امرأة أي بضعها، وهو الاستمتاع بها، فالنّكاح بمعنى الوطء، مهر اُخرى، فيبطل نكاح الممهورة، للزوم تشريك البضع بين كونه للزّوج وكونه مهراً للزّوجة، مع أنّ البضع لايصلح أن يكون مهراً، وقيل بلزوم تعليق النّكاح، ولو دار الأمر بأن يجعل بضع كلّ مهراً للاُخرى بطلا، وفي أكثر الأخبار الاقتصار في تفسيره على الأخر المشتمل على الدّور».

وفيه أنه لا داعي إلى اعتبار النكاح بمعنى الوطء مهراً فيه، بل قد سمعت مايقتضي كون الشغار جعل العقد فيه على امرأة مهراً في العقد على اُخرى، نعم وقع في جملة من العبارات في أثناء البحث ذكر البضع مهراً، لكن من المعلوم عدم كون المراد اعتبار ذكر نفس البضع فيه مهراً على وجه يقول: «زوّجتك بنتي ببضع بنتك» والأخر كذلك، ضرورة منافاته لما سمعته من النّص والفتوى ومعاقد الاجماعات، بل تعليل الفساد بأنه اشتراط عقد في عقد وغيرذلك، بل المراد أن البضع هو المهر في الواقع باعتبار كونه هو نتيجة العقد وثمرته.

ومن ذلك يعلم مافي ضابطه الّذي جعله في آخر المبحث قال: «والضابط أن

(١ و٢) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ٢-١.

كلّ نكاح جعل البضع فيه مهراً أوجزءه أو شرطه فهو باطل ، وإن جعل النكاح مهراً أو جزءه أو شرطه في نكاح بطل المسمّى دون النكاح ، وإن جعل شرطاً في النكاح فان علق به بطل قطعاً وإلاّ فالظاهر فساد الشرط ، ويحتمل فساد المشروط أيضاً» أللهمّ إلاّ أن يريد في الثاني النكاح بمهر أو تفويض مثبت لمهر المثل ، لا أن المراد عدم تحقق الشغار بقصد كون النّكاح مهراً في النكاح ، وأنه لامهر بينهما إلاّ هذا ، وإلاّ كان مخالفاً لصريح ماسمعته من النص وغيره .

و أما قوله : « مهراً أو جزء مهر أوشرطه » فقد تبع فيه الفاضل في القواعد قال فيها : « لافرق أي في تحقق الشغار بين أن يكون البضع مهراً أو جزءه ، فلوقال : زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك و يكون بضع كلّ واحدة مع عشرة دراهم صداقاً للاُخرى بطل ، أي إذا زوّج المخاطب بنته كذلك ، وهو مع أنّه لم يذكر الشرط فيها يمكن منع تحقق الشغار بذلك ، لما سمعته من اعتبارعدم مهر غير نكاح كلّ منهما في النّصوص الثلاثة (١) والصّحاح و القاموس ، بل لم أعرف من صرح بذلك قبله سوى ما في الاسعاد شرح الارشاد ، لبعض العامة ، فانه قال : « و يدخل تحت قوله في المتن : و اصداق كلّ بضع الاُخرى ما إذا ضمّ إلى البضع مال في الجانبين أو في أحدهما كأن يزوّج ابنته من آخر بشرط أن يزوّجه الآخر ابنته ومهر كل منهما ألف و بضع الاُخرى أو وبضع كلّ منهما مهرالاُخرى مع اشتراط ألف لأحدهما ، وأظهر القولين فيه البطلان » .

وظاهره الخلاف في ذلك ، ولعل عدم كونه شغاراً لايخلو من قوة لما عرفت ، بل لولا ما يظهر من الأصحاب من عدم اعتبار الدورية فيه لأمكن اعتبارها فيه ، فلاشغار حينئذ مع عدم الدّور ، لكونه إسماً لنكاح الامرأتين على الوجه المزبور ، لا أنّه للنكاح الّذي يكون المهر فيه نكاح الامرأة الاُخرى ولو بمهر غير نكاح الاُولى كي يتحقق حينئذ في واحدة دون الثانية ، بل قديقال انّه متى جعل النكاح مهراً لزمه العكس ، ضرورة كون المهر في النكاح كالعوض في غيره ، ولا ريب في

(١) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب عقدالنكاح الحديث ١و٢و٣ .

أن معنى المعاوضة لا يتحقق في طرف دون الآخر، فالمراد بالشغار حينئذ النكاح الّذي يكون عوضه نكاح ، فيكون الدور لازماً له لكن ظاهر ماتسمعه من المصنّف وغيره المفروغيّة من ذلك ، ولعل مثله كاف في إثبات موضوع اللفظ إن كان ذلك منهم على وجه النقل و إلاّ كان للنظر فيه مجال ، خصوصاً مع ملاحظة قاعدة الاقتصار على المتيقن فيما خالف القواعد ، وماورد في تفسيره في النّصوص(١) السابقة والصحاح والقاموس و غيرها ، نعم قد يشعر ذيل مرسلة ابن بكير (٢) بتحققه في طرف واحد فتأمل جيّداً ، وعلى كلّ حال فالمحرم منه والفاسد ماعرفت .

﴿ أما لو زوّج الوليّان ﴾ مثلاً ﴿ كلّ منهما صاحبه وشرط لكلّ واحدة مهراً معلوماً فانه يصح ﴾ قطعاً بلا خلاف ولا إشكال فيه ، لعدم كونه من الشغار ، و إن كان الداعي لكلّ منهما تزويجه الآخر بل لو لم يذكرا مهراً صح النكاح أيضاً ، وكانتا مفوضتين بعد فرض عدم قصد إمهار كلّ منهما نكاح الاُخرى في متن العقد ولا في التواطؤ بناءً على أنه كالمذكور فيه ، لاطلاق ماسمعته في تفسيره .

﴿ ولو زوّج أحدهما ﴾ أو كل منهما ﴿ الآخر ﴾ تفويضاً أو بمهر معلوم ﴿ و شرط أن يزوّجه الاُخرى بمهر معلوم صح العقدان ﴾ للعمومات ﴿ و بطل المهر ﴾ المسمّى ﴿ لأنه شرط مع المهر تزويجاً وهو ﴾ أي التزويج ﴿ غير لازم ﴾ خصوصاً وقد اشترط على غير الزوجة ، فلايلزمها الوفاء ، ويلزم من عدم لزومه عدم لزوم المشروط ﴿ والنكاح لا يدخله الخيار ﴾ فلا يجوز أن يجعل شرطاً له ، وإلاّ لزم الخيار فيه إذا لم يتحقق الشرط ، فلابدّ من أن يكون شرطاً للمسمّى ويلزم منه أن يكون جزءً منه ، كما أن الأجل جزء من الثمن أو المثمن وهو أمر مجهول فيوجب جهل المسمّى ﴿ ف ﴾ يبطل ، و ﴿ يكون لها مهر المثل ﴾ كما هو الضابط في كلّ مهر فاسد .

﴿ و فيه تردّد ﴾ من أنه شرط فاسد اشتمل عليه العقد ، فينبغي أن يفسد ، ولايجدي الضمّ إلى المهر ، فانه لايخرجه عن الاشتراط في العقد ، أو أنه لايلزم من

(١و٢) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث -٠- ١ .

عدم قبول النكاح للشرط أن لا يشترطه العاقد، فينبغي التفصيل بأنه إن شرط به النكاح بطل، وإن شرط به المهر بطل المهر دونه، أومن أنه شرط سائغ يمكن الوفاء به إذا كان الزوج كفواً وكان للولي قهر المولّى عليها على النكاح أو رضيت المولّى عليها، و جواز الشرط لا يوجب جواز المشروط، بل لزوم المشروط يوجب لزوم الشرط، أومنع أن فساد الشرط يوجب فساد المشروط، فلا يفسد المهر إن شرط فيه، ولا النكاح إن شرط، أو منع صحة العقد لتحقق الشغارية فيه باشتراط التزويج الّذي هو جزء من المهر بناءً على ما عرفت من عدم الفرق فيه بين كون التزويج مهراً أوجزء مهر أو كالجزء ﴿وكذلك﴾ الكلام فيما ﴿لوزوّجه وشرط أن ينكحه الزّوج فلانة ولم يذكر مهراً﴾ ضرورة عدم الفرق فيما سمعت بين اشتراط التزويج مع ذكر المهر و عدمه، كما هو واضح.

﴿ تفريع: ﴾

﴿ لوقال: «زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أن يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك» صحّ نكاح بنته﴾ التي لم يجعل نكاح بنت المخاطب مهراً لها، فلا شغار بالنسبة إليها ﴿ وبطل نكاح بنت المخاطب ﴾ إذا زوّجها كذلك، لتحقق الشغار بالنسبة إليها ﴿ ولو قال: «على أن يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي» بطل نكاح بنته ﴾ لتحقق الشغار بالنسبة إليها ﴿ وصحّ نكاح بنت المخاطب ﴾ التي لم يجعل مهرها نكاح بنت القائل، فلا شغار كما هو واضح بناءً على عدم اعتبار الدورية في الشغار الذي قد عرفت المناقشة فيه، خصوصاً بعد عدم العثور عليه من قدماء الأصحاب وغيرهم من العامّة، وانما ذكره في الاسعاد أيضاً، قال: «لوقال: زوّجتك ابنتي على أن تزوّجني ابنتك وبضع بنتك صداق لبنتي و قبل ثمّ زوّجه صحّ النّكاح الأول وبطل الثاني، وإن قال: وبضع بنتي صداق لبنتك صحّ و بطل الأوّل بناءً على التشريك، فيبطل نكاح من جعل بضعها صداقاً، للتشريك فيه

خاصّة » و هو و إن كان صريحاً في تحقق الشغار من جانب ، لكنه كأنه مخالف لما ذكروه من جعل الباطل من كان مهرها بضعاً ، بل مناف لما ذكروه من أنّ الأقوى كون مبطل الشغار التشريك في البضع .

بل في المسالك جعل الضابط في مسألتنا ذلك ، فانه بعد أن ذكر نحو ما سمعته من المتن قال : « والضابط أنّ البضع المشترك يبطل نكاحه ، والبضع المنفرد يصح عملاً بقاعدة الشغار » مع أنّ الذي يتحقّق التشريك فيه من جعل بضعها صداقاً ، ضرورة كونه حينئذ مستحقاً للزوج بالعقد و للامرأة بالمهر لا العكس ، فانه لا تشريك ، و لعلّه لذا خصّه في الاسعاد بما عرفت ، أللّهم إلاّ أن يقال : إنّ التشريك في كلّ منهما غير متحقّق إلاّ بنكاح الثانية على حسب ما وقع في عقد الاُولى ، و حينئذ يتحقق التشريك في القسمين .

نعم يبقى السؤال عن تخصيص الأصحاب بعد القول بعدم اعتبار الدّور فيه هذا الفرد بالشغار دون من جعل بضعها صداقاً و تخصيص الاسعاد العكس ، مع أنّ الّذي ورد في تفسيره ما سمعته من النصّ (١) و غيره قد اشتمل على جعل المهر بضعاً والبضع مهراً ، فمع فرض عدم اعتبار الدّور فيه يتجه تحققه بكل منهما ، أللّهم إلاّ أن يقال : إنّ الأصحاب قد فهموا اختصاص الفرد الّذي ذكروه من ظاهر النّصوص المتقدمة الّتي محط النّظر فيها كون المهر بضعاً و إن لزم الدّوري منه العكس أيضاً ، إلاّ أنه لاينكر ظهورها في الأوّل ، وخصوصاً مع ملاحظة الذيل في مرسل ابن بكير (٢) فتأمّل جيّداً فانه ربما دقّ .

وعلى كلّ حال فلا شغار فيما لوقال : « زوّجتك جاريتي على أن تزوّجني بنتك وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك » وصحّ النكاحان، أمّا نكاح الجارية فلأنه لم يشتمل على شغار، وإنما اشترط فيه شرط لايجب الوفاء به ، بناءً على ما عرفت ، فيفسد نفس الشرط ، وأما نكاح البنت فلقبول الرقبة للنقل ، وهي الّتي جعلت مهراً، و ليس نكاحها تشريكاً للمرأة والزوج فيما تناوله عقد النكاح ـ و هو البضع ـ ليكون

(١و٢) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ٢-١ .

شغاراً ، فان الرقبة غيرالبضع وإن تبعها، وبطل المهر لكلّ منهما إن زوّجه الآخر بنته على تزويج الجارية وكون الرقبة مهراً لأنه شرط نكاح إحداهما في الأخرى ، و قد عرفت أنّه ليس شرطاً للنكاح ، فيجعل جزء المهر نكاح البنت و مهراً لنكاح الجارية وهو مجهول ، فيجهل المهرالمسمّى فيبطل ، ويجب مهرالمثل لكلّ منهما ، وإن كان في ذلك كلّه ما عرفت . ولو زوّج عبده من امرأة وجعل رقبته صداقاً لها بطل المهر ، لأن صحّته يؤدى إلى فساده ، إذهي تقتضي ملكه ، وهو يمنع العقد ، فيبطل المهر حينئذ ويثبت مهرالمثل ، ويصح العقد علىالأقوى .

و كيف كان فالأقوى أنّ بطلان الشغار للنّهي عنه المقتضي للفساد فيالمعاملة على ما حققناه فيالأصول، لا لأنّه تعليق بمعنى أنه علق فيه التزويج علىالتزويج ، ضرورة عدم اعتبار التعليق فيه في متنالعقد ، بل هو غير مقصود للمتعاقدين به ، و إنما قصدهما إلزام كلّ منهما الآخر بالتزويج بلا مهر غيرالبضع ، و هوالمسمّى في عرفنا الآن بالمباضعة ، ولا لأنّه اشتراط عقد في عقد ، ضرورة عدم اقتضاء ذلك الفساد ، و قد سمعت تصريحهم بالصّحة في اشتراط النّكاح فيالنكاح بمهر معلوم ، ولا لاشتراك البضع بين الامرأة المجعول في مهرها و بينالرّجل الّذي وقع له عقدالنكاح ، فأشبه نكاح الامرأة من رجلين ، مضافاً إلى عدم قابليّة البضع مهراً ، ضرورة اقتضاء ذلك كلّه فسادالمهر لا العقد ولا ملازمة بينهما فيالنكاح .

ومنهنا ذهب أبوحنيفة الى صحّة نكاح الشغار والرجوع الى مهرالمثل لكن يردّه ما سمعت من اقتضاء النهي عنه الفساد ، ودعوى رجوع النّهي الىالمهر لا إلى أصلالنكاح يدفعه أنّه واقع عنالشغار ، وهو اسم للنّكاح المخصوص ، بل لا ينكر ظهور النّصوص (١) المزبورة في إرادة النّهي عنه من حيث كونه شغاراً نحو النهي (٢) عن بيعالحصاة والملامسة ، و حلية أصل النكاح لاينافي ذلك ، ولعلّ هذا

---

(١) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب عقدالنكاح .

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقدالبيع و شروطه الجديده ١٣ من كتاب التجارة .

أولى من تعليل الفساد بما سمعت و إن كان الّذى وقفت عليه ممن تعرّض من ذلك من أصحابنا تعليله بما عرفت ، وفي المسالك وكشف اللثام اختيار التعليل فيها بالاشتراك بالبضع الّذى يمكن منع حصوله في شغار المملوكتين اللّتين لا يملكان المهر ، بل قد يمنع فيما أثبتوه من الشغار في جانب كما في المثال الّذي سمعته ، فانه ليس فيه بضع مشترك بين الامرأة و بين الرّجل ، وكأنّهم تبعوا بعض العامة في تعليل الفساد ، لكن الّذي حكاه في شرح الاسعاد عن الامام منهم أنه أبطل تعليل الفساد بالاشتراك وبالتعليق ، وجعل منشأ الفساد النّهي كما قلناه .

ثمّ لا فرق في حرمة الشغار و فساده بين الدائم والمنقطع ، بل يمكن جريانه في التحليل بناءً على أنّه عقد ، لكن ينافيه ما سمعته في تفسيره مما لا يشمل التحليل ، ولاريب في أنّ الأحوط اجتنابه ، والله العالم .

المسألة ﴿ السابعة ﴾

﴿ يكره العقد على القابلة إذا ربّته و بنتها ﴾ للنهي عنه في خبر إبراهيم بن عبدالحميد (١) « سألت أباالحسن عليه السلام عن القابلة تقبل الرجل أله أن يتزوّجها ؟ فقال: إن كان قد قبلته المرّة والمرّتين والثلاثة فلا بأس ، وإن كانت قد قبلته وكفلته فانّي أنهى نفسي عنها وولدى » و في خبر آخر (٢) « و صديقى » و خبر عمرو بن شمر (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « قلت له : الرّجل يتزوّج قابلته ، قال : لا ولا ابنتها » وخبر أبي بصير (٤) عنه عليه السلام أيضاً « لايتزوّج المرأة الّتى قبلت ولا ابنتها » وخبر جابر بن يزيد (٥) عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن القابلة أيحل للمولود أن ينكحها؟

(١و٢) الوسائل الباب -٣٩- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٧ .

(٣و٤و٥) الوسائل الباب -٣٩- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٣- ٨ - ١ والاول عن أبي جعفر عليه السلام .

قال : لا ولا ابنتها هي كبعض أمهاته » و خبر ابراهيم (١) « إذا استقبل الصبي القابلة بوجهه حرمت عليه و ولدها » المحمول على الكراهة ، للاجماع ظاهراً على الحل الذى هو مقتضى الأصل ، وخصوص صحيح البزنطي (٢) « قلت للرضا عليه السلام يتزوج الرجل المرأة التي قبلته ، فقال : سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك » المؤيد باشعار الخبر الأول بها ، فما في محكي المقنع من التعبير بعدم الحلية واضح الضعف ، أو يراد منه الكراهة أيضاً .

لكن ظاهر المتن وصريح المسالك اختصاص الكراهة بالمربية ، و لعله للخبر الأول ، ولقول الصادق عليه السلام في خبر ابن عمار (٣) المسؤول عن حل القابلة للمولود : « إن قبلت و مرت فالقوابل أكثر من ذلك ، وإن قبلت وربت حرمت عليه » إلا أن الأولى الجمع بين النصوص بشدة الكراهة و خفتها ، و في شمول الكراهة للبنت وإن نزلت ولبنت الابن كذلك وجه، كالوجه في كراهة نكاح ولدها البنت التي قبلتها، بل قد يحتمل كراهة أمهات القابلة و اختها لا طلاق المنزلة ، نعم الظاهر تحقق الكراهة بالنسبة اليها أيضاً ، فيكره لها أن تتزوجه ، كما يكره له أن يتزوجها ، لأن ذلك مقتضى حرمتها عليه ، وإلا فلا ملازمة بين الكراهتين ، والنهي في أكثر النصوص متوجه إليه كما هو واضح .

﴿و﴾ يكره أيضاً ﴿ أن يزوج ابنه بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقته ﴾ لخبر اسماعيل بن همام (٤) قال : « قال أبوالحسن عليه السلام : قال محمد بن علي في الرجل يتزوج المرأة و يزوج ابنتها ابنه ففارقها و يتزوجها آخر فتلد منه بنتاً فكره أن يتزوجها من ولده ، لأنها كانت امرأته فطلقها ، فصار بمنزلة الأب كان قبل ذلك أباً لها » وهو القرينة على إرادتها من البأس في مفهوم خبر الهلالي (٥) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة و يزوج ابنه ابنتها ، قال : إن كانت الابنة لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس » والنهي في خبره الآخر (٦) « سألت

(١و٢و٣) الوسائل الباب -٣٩- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٣-٦-٢ .
(٤و٥و٦) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٥-٣ والثالث بطريق الصدوق (قده) .

أباعبدالله عليه السلام عن الرّجل يتزوّج المرأة ولها ابنة من غيره أيزوّج ابنه ابنتها ؟ قال : إن كانت من زوج قبل أن يتزوّجها فلا بأس ، و إن كانت من زوج بعد ما تزوّجها فلا » .

واحتمال إرادة الحرمة بقرينة هذا النهي يدفعه العمومات والاجماع على الظاهر، وخصوص صحيح العيص بن القاسم (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن الرّجل يطلق امرأته ثمّ خلّف عليها رجل بعد فولدت للآخر فهل يحل ولدها من الآخر لولد الأوّل من غيرها ؟ قال : نعم ، وسألته عن رجل أعتق سرية له ثمّ خلّف عليها رجل بعده ثمّ ولدت للآخر يحل ولدها لولد الّذي أعتقها ؟ قال : نعم » .

بل في كشف اللثام لا كراهة لابن السرية من غيره على ابنه ، للأصل من غير معارض والصّحيح المزبور ، قلت : و خبر العقرقوفي (٢) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرّجل يكون له الجارية يقع عليها يطلب ولدها فلم يرزق منها ولداً فوهبها لأخيه أوباعها فولدت له أولاداً أيزوّج ولده من غيرها ولد أخيه منها ؟ قال : أعد عليّ فأعدت عليه ، قال : لا بأس » وخبر علي بن إدريس (٣) « سألت الرضا عليه السلام عن جارية كانت في ملكي فوطأتها ثمّ خرجت من ملكي فولدت جارية يحل لابني أن يتزوّجها ؟ قال : نعم لابأس به ، قبل الوطء و بعد الوطء واحد » .

ولعله لذلك اقتصر المصنّف وغيره على ذكر الكراهة في غيرها لكن قد يشعر بها خبر الحسين بن خالد الصّيرفي (٤) « سألت أباالحسن عليه السلام عن هذه المسألة ، فقال : كرّرها عليّ ، قلت له : إنّه كانت لي جارية فلم ترزق مني ولداً فبعتها ، فولدت من غيري ولي ولد من غيرها ، فاُزوّج ولدي من غيرها ولدها ، قال: تزوّج ما كان لها من ولد قبلك يقول قبل أن تكون لك » بل منه يستفاد عدم اختصاص الكراهة في نكاح الولد بنت الزوجة ، بل يكره نكاح ابنها لبنت الزوج لتناول لفظ الولد للجميع ، مضافاً إلى إشعار التنزيل منزلة الأب في خبر إسماعيل بن همام

(١و٢و٣) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ١-٢-٦ .
(٤) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٣ .

المتقدّم في عموم المنزلة ، فيكره له أن يتزوّج بنت بنتها مثلاً ، لصيرورته بمنزلة الخال لها، وبنت اُمّها ، لصيرورته بمنزلة العمّ لها .

وربما أومأ إليه خبر محمد بن عيسى (١) قال: «كتبت اليه خشف أم ولد عيسى بن علي بن يقطين في سنة ثلاثين و مأتين تسأل عن تزويج ابنتها من الحسين بن عبيد ، أخبرك يا سيّدى و مولاي أن ابنة مولاك عيسى بن عليّ بن يقطين أملكتها من ابن عبيد بن يقطين ، فبعد ما أملكتها ذكروا أنّ جدّتها اُمّ عيسى بن عليّ بن يقطين كانت لعبيد بن يقطين ثمّ صارت إلى عليّ بن يقطين فأولدها عيسى بن علي ، فذكروا أن ابن عبيد قد صار عمّها من قبل جدتها أمّ أبيها أنها كانت لعبيد بن يقطين ، فرأيك يا سيّدى و مولاي أن تمنّ على مولاتك بتفسير منك ، و تخبرني هل تحل له ؟ فانّ مولاتك يا سيّدى في غم الله به عليم ، فوقع فى هذا الموضع بين السّطرين إذا صار عماً لا تحل له ، والعم والد وعم» بناءً على أنّ المراد في السؤال كونه بمنزلة العمّ باعتبار أن أمّ عيسى كانت موطوءة لأبي الحسين بن عبيد الذي ملك البنت ، كي يكون الجواب محمولاً على ضرب من الكراهة ، لا أنّ المراد أنها كانت أماً للحسين ، ضرورة أن ذلك لا ينبغي أن يسأل عنه ، فانه عم لها حقيقة ، لأنه إخو أبيها من أمه ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لا بأس﴾ ولا كراهة ﴿بـ﴾ـنكاح ابنه لـ﴿من ولدتها قبل نكاح الأب﴾ للأصل و خبري ابن الجهم المتقدّمين ، والتنزيل بمنزلة الأب إنما هو فيمن تلده بعد نكاحه لا قبله و إن كانت هى ربيبة له أيضاً ، مع احتماله لأولويّة تنزيله منزلة الأب لها من المتأخّرة ، ويكون التفصيل في خبرى ابن الجهم لبيان شدّة الكراهة ، فتأمّل والله العالم .

﴿و﴾ يكره أيضاً ﴿أن يتزوّج بمن كانت ضرّة لأمّه قبل أبيه﴾ بل و بعده لخبر زرارة (٢) «سمعت أباجعفر عليه السلام يقول : ما اُحبّ للرّجل المسلم أن يتزوّج امرأة كانت ضرّة لاُمه مع غير أبيه» و لعلّ المصنّف فهم من المضي هنا التقدم على نكاح الأب ، فلذا خصّ الكراهة به ، ولكنه غير متعيّن ، بل الظاهر

(١) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٧ .
(٢) الوسائل الباب -٤٢- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١ .

التقدّم على التزويج .

﴿و﴾ كذا يكره أيضاً التزويج ﴿ بالزانية قبل أن تتوب ﴾ وفاقاً للمشهور، لا شعار لفظ « لاينبغي » بها في صحيح أبي الصباح و غيره (١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « من اُقيم عليه حدّ زنا أوشهر به لا ينبغي لأحد أن يناكحه حتّى يعرف منه التوبة » خلافاً لأبي الصّلاح ، فحرّمه للآية (٢) الّتي قد عرفت تمام الكلام فيها و في غيرها مما يدّل على ذلك فيما تقدّم ، فلا حظ والله العالم .

« القسم الثانى »

« فى النكاح المنقطع »

﴿ وهو سائغ في ﴾ صدر ﴿ دين الاسلام ﴾ باتفاق المسلمين ، وإنما اختلفوا في بقائه و نسخه ﴿ لتحقق شرعيّته ﴾ في زمن النّبي صلى الله عليه وآله ﴿ و عدم مايدل على رفعه ﴾ وإنّ المسلمين كانوا يفعلونه من غير نكير، و كذا في خلافة أبي بكر ومدّة من خلافة عمر ، نعم هو حرّمه في المدّة الاُخرى من تلقاء نفسه بعد أن روى شرعيّته عن صاحب الشرع، فانه فيما اشتهر عنه بين الفريقين (٣) صعد المنبر وقال: « أيها الناس متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله أنا أنهى عنهما و اُحرّمهن

---

(١) أشار اليه في الوسائل في الباب -١٣- من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٢ وذكره في الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الاية ٣ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٦ والوسائل الباب -١- من أبواب المتعة الحديث ٣ راجع الغدير للاميني (ره) ج ٦ ص ٢١١ .

وأعاقب عليهنّ : متعة الحجّ ومتعة النّساء » و في لفظ (١) آخر « ثلاث كنّ على عهد رسول‌الله ﷺ أنا أنهى عنهنّ وأُحرّمهن وأُعاقب عليهنّ وهى : متعة النساء ، و متعة الحج ، وحى على خيرالعمل » و هو صريح في تحريمه ماروى عن رسول‌الله صلى‌الله عليه وآله شرعيته ، وجعل تحريمه أولى بالاتباع والقبول ، حيث توعّد من خالفه بالعقوبة والزجر، بل في متعة النساء بالحد والرجم، فمن صحيح مسلم عن قتادة عن أبى نضرة (٢) قال : « كان ابن عباس يأمر بالمتعة و كان ابن‌الزبير ينهى عنها ، فذكرت ذلك لجابر بن عبدالله ، فقال تمتعنا على عهد رسول‌الله ﷺ ، فلما قام عمر قال : إنّ الله كان يحل لرسول‌الله ﷺ ماشاء بماشاء ، وإنّ القرآن قدنزل منازله فأتموا الحج والعمرة لله كما أمركم الله عزّ وجلّ و ابتّوا نكاح هذه النساء فلن أوتي برجل نكح امرأة إلى أجل إلّا رجمته بالحجارة » .

و هذا من جملة ما طعن به أهل التشيع ، و قد اختلف أتباعه في الجواب عنه ، فمنهم من بنى رفعه على كون النبى ﷺ مجتهداً في الأحكام الشرعية و يجوز لمجتهد آخر مخالفته، وهو من السخافة كما ترى ، أما على اُصول الإماميّة فظاهر، لقولهم بعصمة النبي ﷺ و أن ما يحكم به عن وحي إلهى لا يتطرق اليه السهو والخطأ ، كما قال عزّ من قائل (٣) : « وما ينطق عن‌الهوى إن هو إلّا وحي يوحى» « قل مايكون لي أن اُبدّله من تلقاء نفسي إن أتّبع إلّا ما يوحى إليّ » (٤) « قل ما كنت بدعاً من‌الرسل و ما أدرى ما يفعل بي ولا بكم إن أتّبع إلّا ما يوحي إليّ » (٥) و حينئذ فلا يسوغ لأحد مخالفته ولا اجتهاد في مقابلة قضائه و حكمه أصلاً ، و أما على رأى الجمهور النافين عصمة الأنبياء فلأنهم إنما نفوا عصمتهم

---

(١) راجع الغدير للاميني (ره) ج ۶ ص ٢١٣ .

(٢) راجع الغدير للاميني (ره) ج ۶ ص ٢١٠ .

(٣) سورة‌النجم : ٥٣ ـ الاية ٣و۴ .

(۴) سورة يونس : ١٠ـ الاية ١٥ .

(٥) سورة‌الاحقاف : ۴۶ـ الاية ٩ .

فيما ليس له تعلق بتبليغ الأحكام الشرعيّة كتدبير الحرب و استصلاح الجيش و نصب العمال و عزلهم وما أشبه ذلك ، وأما ما يتعلق بالأحكام الشرعيّة و تبليغها فقد أوجبوا العصمة فيها ، لأن الخطأ فيها مناف لما يقتضيه المعجزة من وجوب تصديق النبي ﷺ فيما يبلّغه عن الله تعالى ، والقول بجواز صدور الخطأ فيها عنه سهواً كما يعزى إلى شذوذ مباهتة بيّنة لايلتفت اليها ، لاقتضائه إفحام النبي ﷺ وعجزه عن تسجيل الأحكام لاحتمال السهو والاشتباه وعدم اندفاعه إلاّ بالعصمة .

بل قيل : إنّ المستفاد من كلام الآمدي في الأحكام و غيره إجماع القائلين بجواز الخطأ على النبي ﷺ على أنه لا يقرر عليه ، بل ينبّه على خطائه ، فتحليله المتعة لو كان خطأً لوجب أن ينبّه عليه وأن يعدل عنه .

و أيضاً فالكتاب العزيز دال على وجوب طاعة النبي ﷺ « وما أرسلنا من رسول إلاّ ليطاع باذن الله » (١) « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله و رسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ، و من يعص الله و رسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً » (٢) « فلا وربّك لايؤمنون حتّى يحكّموك فيما شجر بينهم ثمّ لايجدوا في أنفسهم حرجاً ممّا قضيت و يسلّموا تسليماً » (٣) « و إذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدّون عنك صدوداً » (٤) « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهيكم عنه فانتهوا » (٥) الى غير ذلك فان كان وجوب هذه الطاعة لعصمة ربانية تمنعه عن الخطأ والخطيئة كما هو مذهب الامامية فالأمر واضح ، و إن كان لأمر آخر غير العصمة يجتمع مع انتفائها وجب القول بتحريم مخالفته في أحكامه وإن كانت صادرة عن اجتهاد .

كلّ ذلك مضافاً إلى مايعلم من تتبّع السير وتصفّح آثار السلف اتفاق الصحابة والتابعين على نفي الاجتهاد والرأى مع ورود النصّ عن النبي ﷺ و ظهور حكمه

(١و٢و٣) سورة النساء : ٤- الاية ٦٤-٦٥-٦١ .

(٤) سورة الاحزاب : ٣٣- الاية ٣٦ .

(٥) سورة الحشر : ٥٩ - الاية ٧ .

في شيء من الوقائع والأحكام، فانهم كثيراً ما كانوا يختلفون في المسائل ويتناظرون فيها ، و متى أورد أحدهم نصاً يدل على مقالته التزم به خصمه ، ولم يقل إن النبي صلى الله عليه وآله مجتهد فيجوز لمجتهد آخر مخالفته ، أوأنه يجوز دفع النص الوارد عنه بالاجتهاد ومراعاة المصالح .

بل وقع من المخالف المحرّم للمتعة والشيخ المتقدّم عليه مايقتضي الاعتراف بالمنع من مخالفة النصّ و عدم جواز التعلل في ذلك بالمصالح ، كقول أبي بكر (١) حين استاذنه أسامة برسالة عمر بن الخطاب في الرجوع معللاً بأن معه وجوه الناس ، ولا يأمن على خليفة رسول الله صلى الله عليه وآله وحرمه وحرم المسلمين أن يتخطفهم المشركون حول المدينة : « لو تخطفني الكلاب والذئاب لم أردّ قضاءً قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله » وقوله حين سألته الأنصار برسالة عمر أيضاً أن يولّي أمرهم أقدم سناً من أسامة فوثب من مكانه وأخذ بلحية عمر (٢) : « ثكلتك اُمك يا ابن الخطاب استعمله رسول الله صلى الله عليه وآله وتأمرني أن أنزعه » .

وقول عمر مخاطباً للأنصار يوم السقيفة (٣) : « أيّكم يرضى أن يتقدّم قدمين قدّمهما رسول الله صلى الله عليه وآله رضيك لأمر ديننا أفلا نرضاك لأمر دنيانا حين احتجّوا على أولويتهم بالأمر بكونهم الأنصار آووا ونصروا إلى آخر ما احتجّوا به في ذلك اليوم » وليس احتجاجه عليهم بما سمعت إلاّ تقديماً للنصّ على الاجتهاد ، ولو جاز الاجتهاد مع النصّ لم يصح له ذلك ، و قوله (٤) حين قال قائل : أتؤمّر علينا هذا الشاب الحدث ونحن جلة قريش : « دعني يا رسول الله صلى الله عليه وآله أضرب عنقه فقد

(١و٢) السيرة الحلبية ج ٣ ص ٢٣٦ ط عام ١٣٥٣ وتاريخ الطبري ج ٣ ص ٢٢٣ ط مصر عام ١٩٦٢ و كامل ابن الاثير ج ٢ ص ٣٣٤ و ٣٣٥ ط بيروت عام ١٣٨٥ .

(٣) تاريخ الطبري ج ٣ ص ٢٠٢ ط مصر عام ١٩٦٢ وكامل ابن الاثير ج ٢ ص ٣٢٥ ط بيروت عام ١٣٨٥ مع اختلاف يسير .

(٤) الشافي للسيد المرتضى (قده) ص ٢٤٦ باختلاف يسير .

نافق » و قوله يوم بدر (١) حين أوصى رسول‌الله ﷺ أن لايقتل أحد من بني هاشم لأنهم أكرهوا على الخروج فقال أبوحذيفة: «أنقتل أبناءنا وإخواننا و نترك بني هاشم، فلو أني لقيت عم النبي ﷺ لأضربن خياشيمه بالسيف » : « دعني يارسول‌الله صلى الله عليه وآله أضرب عنق هذا المنافق ، ولم ينكر النبي ﷺ قوله ، بل لمّا رأى إصراره على ذلك اعتذر عنه بأنه يحب الله ورسوله» وقوله لعثمان (٢) إذ سأله أن يردّ الحكم بن العاص الّذى نفاه النبى ﷺ عن المدينة بعد أن زبره و أغلظ له في القول : « يخرجه رسول‌الله ﷺ وتأمرني أن أدخله ، والله لوأدخلته لم آمن أن يقول قائل غيّر عهد رسول‌الله ﷺ ، والله لأن أشق باثنتين كما تشق الابلمة أحبّ إليّ من أن اُخالف رسول‌الله ، وإياك يا ابن عفان أن تعاودني فيه بعداليوم » .

و من ذلك أيضاً (٣) « إنّ عمر كان يرى أنّ الدية للأقارب و أنّ المرأة لا ترث من دية زوجها شيئاً و كان يفتي بذلك حتّى أخبره الضحاك بن سفيان الكلابي بأن رسول‌الله ﷺ ورّث الزوجة منها ، فترك اجتهاده فيها » و عوّل على النصّ المنقول بخبر الواحد وقال «أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي فضلّوا و أضلّوا كثيراً» وبذلك (٤) ظهر أنه لو كانت مخالفة النبى ﷺ بالاجتهاد جائزة له لم يصح منه ما صح عنه من احتجاجه على الأنصار و حكمه على المخالف بالنفاق واستئماره إياه ﷺ في قتله وامتناعه من ردّ الحكم وغير ذلك مما يطول استقصاؤه ، بل هو صريح في أن مخالفته تقتضي الضلال والاضلال والكفر والنفاق كما هوالحقّ الّذى أجرى على لسانه إلزاماً له بتحريمه المتعة الّتي هو روى إباحة

(١) مستدرك الحاكم ج ٣ ص ٢٢٣ و سيرة ابن هشام ج ١ ص ٦٢٩ ط ١٣٧٥ مع الاختلاف اليسير .

(٢) الشافي للسيدالمرتضى (قده) ص ٢٧٣ و نقله في البحار أيضاً ج ٨ ص ٣٢٣ طبعة الكمپانى .

(٣) راجع الغدير للاميني (ره) ج ٦ ص ١٦٨ . أخرجه عن عدة من صحاحهم وكتبهم .

(٤) نقله في الغدير ج ٧ ص ١١٩ باختلاف يسير .

النبي صلى الله عليه وآله لها .

ومن هنا عدل جماعة اُخرى عن الجواب بذلك إلى دعوى النسخ في زمن النبي صلى الله عليه وآله و إن نهي عمر كان عن نهيه لا من نفسه ، فالمراد من قوله : « أنا أنهى » إنّي أبيّن أنّ الأمر تقرر على النهي ، و من قوله : « كانتا » الكون في بعض أوقاته ، محتجين على ذلك بالأخبار الّتي رووها (١) و بأنّ عمر قد ذكر التحريم على المنبر بملأ من الصحابة والناس ، ولو لا معلومية النسخ لأنكرت عليه الصحابة ، سيما أمير المؤمنين عليه السلام الّذى لا زال ينكر على اجتهاده .

وفيه أولاً أنه خلاف ظاهر الخبر المزبور ، وثانياً أنهم رووا في صحاحهم المشهورة ما يدل على عدم نسخها ، فمن صحيحي البخاري ومسلم وتفسير الثعلبي عن عمران بن حصين (٢) قال : « نزلت آية المتعة في كتاب الله عزّ وجلّ ولم تنزل آية بعدها تنسخها ، فأمرنا بها رسول الله صلى الله عليه وآله ولم ينهانا عنها ، فقال رجل برأيه ماشاء » قال البخاري : « يقال إنّه ــ أي الرجل المذكور ــ هو عمر » بل قال مسلم : « يعني عمر » ولم يقل « يقال » و ما عن الصحيحين أيضاً عن ابن مسعود (٣) قال : كنا نغزوا مع النبي صلى الله عليه وآله ليس معنا نساء ، فقلنا ألا نستحصن فنهانا عن ذلك ، ثمّ رخّص لنا أن نستمتع فكان أحدنا ينكح المرأة بالثوب إلى أجل ، ثمّ قرأ عبدالله : يا أيها الذين آمنوا لا تحرّموا طيّبات ما أحلّ الله لكم » (٤) فان قراءة الآية بعد إخباره عن حلّ المتعة صريحة في دوام الحلّ و بطلان النسخ ، بل فيها تعريض بمن حرّمها ، وما عن تفسيري الثعلبي و محمد بن جرير الطبري و ابن الأثير في نهايته عن علي بن أبي طالب عليه السلام (٥) قال : « لولا أن نهى عمر عن المتعة مازنى إلاّ شقي » و في المحكي

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠١ الى ص ٢٠٧ .

(٢) راجع الغدير للاميني (ره) ج ٦ ص ١٩٨ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٠ وفيه « ألا نختصي » راجع الغدير ج ٦ ص ٢٢٠ .

(٤) سورة المائدة : ٥ ــ الآية ٨٧ .

(٥) راجع الغدير للاميني (قده) ج ٦ ص ٢٠٦ .

عن صحيح مسلم عن عطاء (١) قال: « قدم جابر بن عبدالله معتمراً فجئنا في منزله فسأله القوم عن أشياء ثمّ ذكروا المتعة فقال: نعم استمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وأبي بكر وعمر » وعن ابن الزبير (أبي الزبير خ ل) (٢) قال: « سمعت جابر بن عبدالله يقول: كنّا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيّام على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وأبي بكر و عمر حتّى نهى عمر عنه في شأن عمرو بن حريث » وعن أبي نضرة (٣) قال: « كنت عند جابر بن عبدالله فأتاه آت، فقال: إن ابن عباس وابن الزبير اختلفا في المتعتين، فقال جابر: فعلنا هما مع رسول الله صلى الله عليه وآله ثمّ نهانا عمر عنهما فلم نعد » و روى ابن الأثير في المحكي من نهايته عن ابن عباس (٤) قال: « ما كانت المتعة إلاّ رحمةً رحم الله بها أمة محمّد صلى الله عليه وآله لولا نهيه عنها ما احتاج الى الزنا إلاّ شفا » (٥) وعن شعبة (٦) «إني سألت الحكم بن عيينة عن هذه الآية (٧) فما استمتعتم به منهنّ، منسوخة هي؟ قال: لا، ثمّ قال: قال علي بن أبي طالب عليه السلام لولا أنّ عمر نهى عن المتعة ما زنى إلاّ شقي » وعن صحيح الترمذي (٨) « أنه سأل رجل من أهل الشام ابن عمر عن متعة النساء، قال: حلال فقال: إن أباك قد نهى عنها، فقال: أرأيت إن كان أبي قد نهى عنها وسنّها رسول الله صلى الله عليه وآله نترك السنّة ونتبع أبي » الى غير ذلك من الأخبار الدالة على عدم النسخ التي هي أولى من الدالة عليه بالموافقة للأصل، و بأنها متفق عليها عند المخالف والمؤالف، بخلاف أخبار النسخ التي تفرّد بها الأوّل.

و قد تضمنت الأخبار المزبورة الانكار على المحرّم من عليّ عليه السلام وابن عباس وابن مسعود وجابر وغيرهم، ولا فرق في ذلك بين وقوعه في عصره أوفيما بعده، فانّ

(١و٢و٣) راجع الغدير للاميني (قد) ج ٦ ص ٢٠٧-٢٠٥-٢٠٩.

(٤و٦) راجع الغدير للاميني (ره) ج ٦ ص ٢٠٦.

(٥) ذكر في هامش النسخة الاصلية هنا تفسيراً لشفا « أي قليل من الناس ».

(٧) سورة النساء: ٤- الاية ٢٤.

(٨) راجع الغدير للاميني (ره) ج ٦ ص ٢٠١ و ٢٠٢

الانكار المتأخّر كاشف عن كون السكوت السابق لمصلحة لا رضا ، وإلاّ لما تعقبه الانكار ، و عن ابن أبي الحديد إنّه روى عن محمّدبن جرير الطبري قال : روى عبدالرحمن بن أبي‌زيد عن عمران‌بن سوادة الليثي (١) «إنّه قال لعمر: عابت رعيتك عليك أربعاً ، قال: فوضع عود الدرّة ثمّ ذقن عليها ، و قال : هات - إلى أن قال - ذكروا أنك حرّمت متعة النساء وقد كانت رخصة من‌الله يستمتع بقبضة و يفارق من ثلاث ، قال : إن رسول‌الله ﷺ أحلّها في زمان ضرورة و رجع الناس إلى السعة ، ثمّ لم أجد أحداً من‌المسلمين عاد اليها ولا عمل بها، لأنّ من شاء نكح بقبضة فارق عن طلاق بثلاث » الحديث . وهو صريح في وقوع التنكير عليه من‌الصحابة في عصره و في‌الاعتراف بمخالفة النبي ﷺ ، فالاعتذار عنه بالنسخ تحكم من غير تراضي الخصمين . على أنّ‌الامساك عن‌النكير إنما يدل على‌الرضا مع فقدالأسباب المقتضية له غيرالرضا ، وهو هنا ممنوع ، لاحتمال مخافة الفتاك بهم ، كما هوالمعلوم من حاله وفضاضته و غلظته لما له من‌الشأن في تحريمها .

كلّ ذلك مضافاً الى ما عرفته من صراحة عبارته في دوام‌الحكم وعدم‌النسخ ، و أنّ‌التحريم إنما كان من قبله لا عن‌النبي ﷺ ولم يذكر هو في ذلك المقام ولا غيره النسخ ، بل حكي عنه الاعتذار بما سمعت ، ولو أنّ‌النسخ ثابت كما ادعاه المجيب لأشار اليه ، ليكون أدخل في‌الكف عنها و أقطع لألسن الطاعنين عليه والمستبعين لعثراته ، حتّى استمر الطعن عليه بذلك مدى الأعصار مثبتاً في‌الصحف ومحفوظاً في‌الصدور تتناقله الرواة والنقلة خلفاً عن سلف .

و أيضاً فأنه قد قرن تحريم المتعتين بلفظ واحد ، ولم يدع أحد منهم النسخ في متعة الحج ، بل صرحوا فيها بدوام الحكم ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع على الجواز، وحينئذ فحمل الكلام على ظاهره من إسنادالتحريم الى نفسه فيهما متعيّن ، وإلاّ فحمله على‌النسخ في خصوص متعة النساء بعيد جداً ، بل مقطوع بفساده .

---

(١) راجع الغدير للاميني (ره) ج ٦ ص ٢١٢

على أنّ الأخبار التي رووها في النسخ متناقضة على وجه يعلم منه أنها موضوعة، فانهم رووا أنها اُبيحت عام الفتح و أنّ النبي صلى الله عليه و آله لم يخرج من مكة حتّى حرّمها (١) و أنها اُبيحت عام أوطاس ثلاثة أيّام (٢) أويوماً أوليلة و أنها اُبيحت في حجّةالوداع، ثمّ نهى النبي صلى الله عليه و آله عنها (٣) وأنها اُبيحت أوّل الاسلام حتّى نزلت « إلاّ على أزواجهم » (٤) الآية (٥) و أنها نسخت يوم خيبر و يوم تبوك (٦) وأين حجّةالوداع والفتح و خيبر و تبوك عن أوّل الاسلام، كما أنه أين هو وأين عام أوطاس.

على أن هذهالآية تكرّرت فيسورتين سورة المعارج والمؤمنون وهما مكّيان كما ذكره المفسرون فكيف ينسخ بها ما حكمه مدنيّ؟ و قد التجأوا في رفع هذا الاختلاف الىالقول بتكرر التحريم والاباحة، وليس هو كذلك.

ولكن لمّا لم يكن لدعوى النسخ أصل و إنما أرادوا بافترائه رفع الطعن، وقد توارد خاطر جماعة منهم على ذلك، فوضع كلّ منهم من غير أن يعلم بالآخر، فحصل ما حصل مما يعلم به الزور فيالأخبار والشهادة عند تفريق الشهود، كما هوالمعروف في قصّة دانيال (٧).

كلّ ذلك مضافاً الى دلالة الآية على مشروعيتها، فانها كما عن أكثر المفسرين منالعامة فضلاً عنالخاصّة نزلت فيه، بل قد يؤيد ذلك لفظ الاستمتاع، بناءً على أنه حقيقة فيالمنقطع وإنكان فياللغة موضوعاً للانتفاع والالتذاذ، بل لولم

(١و٢و٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٢-٢٠٤-٢٠٣.

(٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٥و٢٠٦.

(٥) سورةالمؤمنون : ٢٣- الاية ٦.

(٦) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠١ الى ٢٠٧.

(٧) الحديث طويل ذكر قسماً منه مما يشير اليه فيالوسائل فيالباب - ١٩ - من أبواب كيفية الحكم الحديث ١ من كتابالقضاء و تمامه فيالكافي ج ٧ ص ٤٢٥ و ٤٢٦ والتهذيب ج ٦ ص ٣٠٨ الرقم ٨٥٢.

نقل بثبوت الحقيقة الشرعية فيه أمكن القول بتعيين الحمل عليه، لتعذر إرادة اللغوية منه باعتبار تعليق الأجر عليه ، ومن المعلوم عدم دورانه مداره .

كما أنه يؤيده أيضاً ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام و عبدالله بن عباس وعبدالله بن مسعود وأبيّ بن كعب و مجاهد وعطاء وجماعة كثيرة من الصحابة والتابعين من أنهم كانوا يقرأون « فما استمتعتم به منهنّ الى أجل مسمّى» .

بل قد يؤيد أيضاً بظهور لفظ الأجر في العوض للمؤجل ، فانه يسمّى في النكاح الدائم صداقاً و نحلاً و فرضاً، و إطلاقه عليه في مطلق النكاح في قوله تعالى (۱) : «لا جناح عليكم أن تنكحوهنّ إذا آتيتموهنّ اُجورهنّ » و قوله تعالى (۲) : « فانكحوهنّ باذن أهلهنّ وآتوهن اُجورهن » لا ينافي الظهور الكافي في المطلوب .

و قد يؤيد أيضاً بقوله تعالى فيها (۳) : « ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » فان المعنى على ما ذكره الأصحاب أن تزيدها في الأجر وتزيدك في الأجل، وقد يناقش باحتمال إرادة رفع الجناح عما تراضيا عليه من الابراء كلاً أو بعضاً والاعتياض عليه و نحو ذلك ، و يدفع بأنّ الحمل على الأوّل يقتضي دلالة الآية على ما لا يستفاد من غيرها بخلاف الثانى ، فانه معلوم بالضرورة من العقل والنقل غير الآية ، والتأسيس خير من التأكيد ، لكنه كما ترى .

و إلى الأخبار المتواترة من طرقنا (۴) بل لعلها كذلك من طرقهم (۵) و قد سمعت كلام ابن المحرّم ، بل المحرّم نفسه قد روى ذلك ، و من طريف ذلك ما حكى الراغب في محاضراته (۶) «أن يحيى بن أكثم القاضي قال لشيخ بالبصرة كان يتمتع: عمن أخذت المتعة؟ فقال: عن عمر، فقال له: كيف وهو أشدّ الناس نهياً عنها ؟

---

(۱) سورة الممتحنة : ـ۶۰ـ الاية ۱۰ .

(۲و۳) سورة النساء : ـ۴ـ الاية ۲۵ـ۲۴ .

(۴) الوسائل الباب ـ۱ـ من أبواب المتعة .

(۵) راجع الغدير للامينى (ره) ج ۶ ص ۱۹۸ الى ۲۱۳ .

(۶) ذكره الامينى (ره) في الغدير ج ۶ ص ۲۱۲ عن المحاضرات ج ۲ ص ۹۴ .

فقال: إنّ الخبر الصحيح جاء عنه أنه صعد المنبر ، وقال: إنّ الله و رسوله أحل لكم متعتين و أنا اُحرّمهما و اُعاقب عليهما فقبلنا شهادته و روايته عن رسول الله ﷺ ولم نقبل تحريمه لها من قبل نفسه » .

و إلى الاجماع ، أما من الطائفة المحقة فهو واضح ، بل هو من ضروريات مذهبهم ، و أما من غيرهم فلاتفاق الصحابة و من كان في صدر الاسلام على إباحتها و شرعيتها من غير نكير ، كما يظهر من أخبار جابر و غيرها ، حتّى ما روى عن المحرّم نفسه ، فانه يدل على أنّ الحكم بالحلّ كان شائعاً معروفاً في زمان النّبى صلى الله عليه وآله ومدّة خلافة أبي بكر و برهة من خلافته ، فالقول بالتحريم بعد ذلك مخالف لاجماع الاُمة التي لا تجتمع على ضلالة .

احتجّوا بقوله تعالى (١) : « إلاّ على أزواجهم » الآية ، والمتعة ليس ملك يمين ولا زوجة ، لأنها لا ترث ولا تورث ، و لأنها تبين بغير طلاق ولا لعان ولا ظهار ولا إيلاء ، ولا نفقة ولا قسم ، و انتفاء لوازم الزوجية عنها تقتضي انتفاء الملزوم ، فاذا لم تكن زوجة ولا ملك يمين كانت من العدوان المحرّم بمقتضى الآية (٢) .

وفيه (أوّلاً) أن دلالة الآية بطريق العموم الّذى لاينافي التخصيص بدليل ، و (ثانياً) منع لزوم الاُمور المزبورة للزوجة، لانتفاء الارث في الذميّة والقاتلة والأمة، و حصول الابانة بغير الطلاق في الملاعنة والمرتدة والأمة المبيعة ، و سقوط النفقة بالنشوز ، و عدم اللعان والظهار والايلاء فلاشتراطها بالدوام لا الزوجية ، ولوفرض ما يدل على وقوعها بالزوجة وجب تخصيصه بالدائمة جمعاً بينه و بين مادل على عدم لحوقها بالمتعة .

واحتجّوا أيضاً بالأخبار (٣) الدالة على تحريمها ونسخها، وفيه أنها معارضة بالأخبار الكثيرة الدالة على حليتها و استمرار الحكم بها في عهد الرسالة و ما بعد

(١و٢) سورة المؤمنون : ٢٣- الاية ٦-٧ .

(٣) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٠١ الى ٢٠٧ .

ذلك إلى أن حرّمها عمر ، والترجيح لهذه الأخبار لكثرتها و اتفاق الفريقين عليها بخلاف روايات التحريم ، فانّ المخالفين انفردوا بها ولم يرد من طريق الامامية ما يقتضي التحريم ، مع اشتهار الحكم به بين أهل الخلاف و كثرة اختلاف الروايات من جهتهم ، واعتضادها بظاهر الكتاب وإجماع المسلمين في الجملة ، والأصل دوام الحكم وانتفاء النسخ حتّى يعلم خلافه ، مضافاً الى ما عرفته من ظهور الوضع على روايات التحريم الّذى منه أيضاً أنهم رووا ذلك (١) عن عليّ عن رسول الله صلى الله عليه وآله ، مع أن مذهب عليّ عليه السلام في ذلك معلوم ، و قد نقله جماعة من رواتهم ، و أنه عليه السلام كان يقول (٢) : « لولا نهي عمر عن المتعة مازنى إلاّ شقي » .

واحتجّوا أيضاً بالاجماع على تحريمها، فان الصحابة قد اتفقوا عليه بعد نهي عمر عنه ، ولم يخالف فيه إلاّ ابن عباس ، وقد نقل عنه الرجوع إليه في آخر عمره، و فيه منع الاجماع ، و كفى بذلك اتفاق أهل البيت الذينهم أساطين الاسلام على خلافه، واتفاق شيعتهم على ذلك ، حتّى صار من ضروريات مذهبهم يعرفه كلّ أحد منهم ، فدعوى الاجماع مجازفة بينة لا تصدر إلاّ عن معاند متصلف ، وأيضاً فالقول عليها منقول عن أعاظم الصحابة والتابعين ، كابن عباس و ابن مسعود و أبيّ بن كعب وجابر وأبي سعيد الخدرى و سلمة بن الأكوع والمغيرة بن شعبة و مجاهد و عطاء بن أبي رباح و طاووس و أبي الزهرى مطرف و محمّد بن سدى ، و عن مسلم في صحيحه وأبي الحسن بن علي بن زيد في كتاب الألفة أنهما زادا في الصحابة معاوية بن أبي سفيان وعبدالله بن عمر بن الخطاب وعمر بن جويدة وربيعة بن أمية و سلمة بن امية و صفوان بن أمية و معلى بن أمية والبراء بن عازب وربيع بن ميسرة وسهل بن سعد الساعدى ، كما عن أبي الحسن علي بن الحسين الحافظ في كتاب سير العباد الزيادة في التابعين الحسن البصرى و ابراهيم النخعي و سعيد بن حبيب و ابن جريح و عمر بن دينار ، و نقل عن مالك وابن شبرمة من الفقهاء الميل اليها، وما ذكر من رجوع ابن عباس عن ذلك

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠١ .

(٢) راجع الغدير للاميني (ره) ج ٦ ص ٢٠٦ .

غير ثابت ، ولو صحّ لم يلزم منه الاجماع على التحريم إلاّ مع العلم بانتفاء الخلاف ، وقد عرفت بطلانه .

و قد ظهر لك من ذلك كلّه أنه لا إشكال في إباحتها ، بل لا يبعد استحبابها مؤكداً بمعنى رجحانها من حيث خصوصيتها ، لكونها من شعار الايمان و علامات المؤمن ، و لما فيها من الردّ على من نهى عنها و حرّمها فانّ المباح يصير مندوباً بتحريم أصحاب البدع ، كما يصير بايجابهم إياه مكروهاً قمعاً لآثار البدعة ، ففي خبر بشير بن حمزة (١) عن رجل من قريش قال : « بعثت اليّ ابنة عم لي كان لها مال كثير : قد عرفت كثرة من يخطبني من الرجال فلم أُزوّجهم نفسي ، وما بعثت اليك رغبة في الرجال غير أنه بلغني أنّ المتعة أحلها الله عزّوجلّ في كتابه و بيّنها رسول الله ﷺ في سنّته فحرّمها زفر ، فأحببت أن أطيع الله عزّوجلّ فوق عرشه وأطيع رسوله وأعصي زفر ، فتزوّجني متعة ، فقلت : حتّى أدخل على أبي جعفر عليه السلام فأستشيره ، قال: فدخلت عليه فخبرته ، فقال: إفعل صلى الله عليكما من زوج » وعنه عليه السلام أيضاً (٢) إنّه قال لرجل سأله هل في المتعة ثواب ؟ فقال : « إن كان يريد بذلك وجه الله وخلافاً على من أنكرها لم يكلمها كلمة إلاّ كتب الله له بها حسنة ، فاذا دنى منها غفر الله له بذلك ، فاذا اغتسل غفر الله له بقدر مامرّ من الماء على شعره ، قلت : بعدد الشعر قال : نعم بعدد الشعر » و في المرسل عنه عليه السلام أيضاً (٣) « إنّ النبي ﷺ لما أسري به الى السماء قال : لحقني جبرئيل فقال : يا محمّد إنّ الله تعالى يقول : إنّي قد غفرت للمتمتعين من أمتك من النساء » وفي آخر (٤) « ما من رجل تمتّع ثمّ اغتسل إلاّ خلق الله من كلّ قطرة تقطر منه سبعين ملكاً يستغفرون له إلى يوم القيامة ، ويلعنون مجتنبها إلى أن تقوم الساعة » وقال أبو الحسن عليه السلام (٥) لرجل ذكر له أنه عاهد الله أن لا يتمتع : « عاهدت الله لا تطيعه ، والله لئن لم تطعه لتعصينه » إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على رجحانها .

(١و٢و٣و٤) الوسائل الباب -٢- من أبواب المتعة الحديث ٩-٣-٤-١٥ .

(٥) الوسائل الباب -٣- من أبواب المتعة الحديث ١ .

بل في بعضها (١) « ما اُحب للرجل منكم أن يخرج من الدنيا حتى يتزوج المتعة ولو مرة في بعض عمره » « إنّي لأكره للرجل المسلم أن يخرج من الدنيا و قد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يصنعها ، فقلت : فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه وآله ؟ فقال : نعم وقرأ هذه الآية (٢) : وإذ أسر النبي إلى بعض أزواجه الآية » (٣) .

ولا ينافي ذلك حسن علي بن يقطين (٤) « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن المتعة فقال: وما أنت وذاك ، وقد أغناك الله عنها » الحديث وخبر الفتح بن يزيد (٥) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة ، فقال : هي حلال مباح مطلق لمن لم يغنه الله بالتزويج ، فليستعفف بالمتعة ، فان استغنى عنها بالتزويج فهي مباح له إذا غاب عنها » و خبر محمد بن الحسن بن الميمون (٦) « كتب أبو الحسن عليه السلام إلى بعض مواليه : لا تلحوا على المتعة فانما عليكم إقامة السنة ، فلا تشتغلوا بها عن فرشكم و حرائركم ، فيكفرن و يبرأن و يدعون على الأمر بذلك و يلعنون » وخبر المفضل بن عمر (٧) « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في المتعة: دعوها أما يستحيي أحدكم أن يرى في موضع العورة فيحمل ذلك على صالحي إخوانه و أصحابه » بعد تسليم المكافئة ، لاحتمال الحمل على ما إذا اقتضى التمتع فساد النساء المعقود عليهن دائماً كما أومأ اليه الخبر المزبور ، أو اقتضى الشين أو لحوق العار باتهامه بفعل المحرم ، كما ينبه عليه خبر المفضل ، وهذا لا يقدح في أصل الاستحباب المراد منه مع قطع النظر عن العوارض أو التقية خصوصاً من أبي الحسن عليه السلام المروي عنه أكثر هذه الأخبار ، وربما يومىء

---

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب المتعة الحديث ١٠ .

(٢) سورة التحريم : ٦٦ - الآية ٣ .

(٣) الوسائل الباب -٢- من أبواب المتعة الحديث ٢ .

(٤و٥) الوسائل الباب -٥- من أبواب المتعة الحديث ١-٢ .

(٦و٧) الوسائل الباب -٥- من أبواب المتعة الحديث ٣ - ٣ والاول عن محمد بن الحسن بن شمون .

إلى ذلك خبر حماد (١) قال: «قال لي أبوعبدالله عليه السلام و لسلمان بن خالد: قد حرّمت عليكما المتعة من قبلي مادمتما بالمدينة، لأنكما تكثران الدخول عليّ وأخاف أن تؤخذا فيقال: هؤلاء أصحاب جعفر».

﴿و﴾ كيف كان ف﴿النظر فيه يستدعي بيان أركانه﴾ الّتي تدخل في مفهومه في عرف المتشرعة ﴿وأحكامه، وأركانه أربعة﴾ بجعل المتعاقدين واحداً، لكونهما معاً فاعلاً واحداً للعقد، ضرورة شمول العاقد لهما شمول الكل لأجزائه، و هي ﴿الصيغة والمحل والأجل والمهر، أما الصيغة فهي اللفظ الّذى وضعه الشرع﴾ وعيّنه ﴿وصلة إلى انعقاده﴾ كغيره من العقود اللازمة ﴿وهو﴾ أي اللفظ المزبور ﴿إيجاب و قبول﴾ فلا يحصل بدون ذلك قطعاً، بل إجماعاً بقسميه، ونصوصاً (٢).

نعم ربما ظهر من الكاشاني و بعض الظاهرية من أصحابنا الاكتفاء بحصول الرضا من الطرفين و وقوع اللفظ الدال على النّكاح والانكاح، لخبر نوح بن شعيب عن علي عن عمه (٣) عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: «جاءت امرأة إلى عمر، فقالت: إنّي زنيت فطهّرني، فأمر بها أن ترجم، فأخبر بذلك أميرالمؤمنين عليه السلام، فقال: كيف زنيت؟ قالت: مررت في البادية فأصابني عطش شديد، فاستقيت أعرابياً، فأبى أن يسقيني إلاّ أن أمكنته من نفسي، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام: تزويج وربّ الكعبة» قال في الوافي: «إنما كان تزويجاً لحصول الرضا من الطرفين، و وقوع اللفظ الدال على النكاح والانكاح فيه، وذكر المهر وتعيينه، والمرّة المستفاد من الاطلاق القائمة مقام ذكر الأجل» و هو كما ترى، ضرورة اعتبار اللفظ المقصود به إنشاء ذلك، والفرض خلو هذا المذكور منه، فلابد حينئذ من حمله على إرادة كونه بحكم

---

(١) الوسائل الباب -٥- من أبواب المتعة الحديث ٥ عن عمار قال: «قال أبوعبدالله عليه السلام لي ولسليمان بن خالد».

(٢) الوسائل الباب -١٨- من أبواب المتعة.

(٣) الوسائل الباب -٢١- من أبواب المتعة الحديث ٨.

التزويج باعتبار اضطرارها، كما يومىء إليه رواية الخبر المزبور بطريق آخر (١) : قال فيه « إنّه لمّا بلغ مني أي العطش آتيته فسقاني ووقع عليّ فقال عليّ عليه‌السلام : هذه الّتي قال الله : (٢) فمن اضطرّ غير باغ ولا عادٍ ، وهذه غير باغية ولا عادية ، فخلى عمر سبيلها ، وقال : لولا عليّ لهلك عمر » .

إنما الكلام في الاجتزاء بكلّ لفظ دالٍ على ذلك صريحاً بنفسه أو بالقرينة على حسب المتعارف في الخطابات أو اعتبار لفظ مخصوص صريح بنفسه ، ظاهر قول المصنف وغيره : ﴿ وألفاظ الايجاب ثلاثة : زوّجتك ومتّعتك وأنكحتك أيها حصل وقع الايجاب به ، ولا ينعقد بغيرها ، كلفظ التمليك والهبة والاجارة ﴾ الثاني ، بل حكى غير واحد الشهرة عليه ، كما أنه حكاها على عدم انعقاد العقد اللازم بالمجاز ، من غير فرق بين القريب منه والبعيد اقتصاراً فيما خالف أصل عدم الانتقال ونحوه على المتيقن، ولكن قد عرفت المناقشة فيه في كتاب البيع وفي عقد النكاح ، فانه قد أشبعنا الكلام في ذلك في المقامين، فلاحظ وتأمّل . ولعلّه لذا قال السيد في المحكى من طبرياته : « أما نكاح المتعة فينعقد بما ينعقد به المؤبد من الألفاظ و قوله امتعيني نفسك و آجريني أيضاً » بل عنه « أن تحليل الأمة عقد متعة » فينعقد عنده بالاباحة أيضاً .

﴿و﴾ كذا الكلام في ﴿القبول﴾ الّذي ﴿ هو اللفظ الدال على ﴾ إنشاء ﴿ الرضا بذلك الايجاب ، كقوله : قبلت النكاح أو المتعة ﴾ أو التزويج ، بل ﴿ولو قال : « قبلت » واقتصر أو « رضيت » جاز ﴾ كما تقدم ذلك كلّه في عقد النكاح .

﴿و﴾ كذا تقدم فيه وفي عقد البيع أنه ﴿ لو بدأ بالقبول ، فقال: « تزوّجت » فقالت هي : « زوجتك » صح ﴾ و عن الحلبي والقاضي جواز أن يقول لها : « متعيني نفسك بكذا مدّة كذا» فتقول « قبلت » فيقول الرجل : « قبلت » .

بل ﴿و﴾ تقدم أيضاً البحث في أنه هل ﴿ يشترط ﴾ فيهما ﴿ الاتيان بلفظ

(١) الوسائل الباب -١٨- من أبواب حد الزنا الحديث ٧ من كتاب الحدود .

(٢) سورة البقرة : ٢- الاية ١٧٣ .

الماضي﴾ وأنه قيل بذلك للاقتصار على المتيقن، وحينئذ ﴿فلو﴾ قالت : «أتزوجك» أو « تزوّجني » أو ﴿ قال: «أقبل» أو «أرضى» و ﴾ كان ذلك مع ﴿ قصدالانشاء لم يصح ﴾ ، و قيل: لا يشترط كما هو مذهب جماعة ، بل لعلّه لا يخلو من قوّة ، لا طلاق الأدلة ﴿و﴾ حينئذ ف﴿لو قال : « أتزوجك مدة كذا بمهر كذا » و قصد الانشاء فقالت : « زوجتك » صح ﴾ مضافاً إلى خبري أبان (١) و ابن أبي نصر (٢) الدالين على ذلك ، بل وعلى تقدم القبول على الايجاب ﴿ وكذا لوقالت : « نعم » ﴾ كما في خبر أبان (٣) و خبر هشام بن سالم (٤) وقد أشبعنا الكلام في ذلك كلّه وفي غيره من اعتبار العربية و عدم اعتبار التعدد و نحو ذلك من المتعلقة بنحو المقام ، ضرورة عدم الفرق بين عقدالمتعة و غيره من العقود اللازمة فضلاً عن عقد الدوام ، فلاحظ و تأمّل .

﴿وأما المحل فيشترط﴾ إذا كان الزوج مسلماً ﴿ أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية،كاليهودية والنصرانية والمجوسية على أشهر الروايتين﴾(٥) وفي الاُخرى(٦) النهي عن التمتع بالمجوسية ، و هو محمول على الكراهة الّتي قد يستفاد من بعض الأخبار (٧) تحققها في اليهودية أيضاً ، إلاّ أنّ المجوسيّة أشدّ .

﴿و﴾ على كلّ حال فاذا تمتع بالكتابية كان له أن ﴿يمنعها من شرب الخمر﴾ وأكل لحم الخنزير ﴿و﴾ غير ذلك من ﴿ارتكاب المحرمات﴾ المنافية للاستمتاع للنفرة ، بخلاف ما لا ينافيه ، فانه لا سلطان له على منعها بعد اعتصامها بالذمة ، وقد سمعت سابقاً النصّ (٨) على ذلك بل سمعت احتمال اعتبارالرخصة في نكاحها

(١و٢و٣) الوسائل الباب -١٨- من أبواب المتعة الحديث ١-٢-١ والثاني عن ابن أبي نصر عن ثعلبة .

(٤) في المقام روايتان لهشام بن سالم رواها في الوسائل في الباب -١٨- من أبواب المتعة الحديث ٣ و ٦ .

(٥و٦) الوسائل الباب -١٣- من أبواب المتعة الحديث ٥-١ .

(٧) الوسائل الباب -٢- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ .

(٨) الوسائل الباب -٢- من أبواب مايحرم بالكفر الحديث ١ .

ذلك بأن يستحقه عليها بشرط في العقد و نحوه ، إلاّ أنه كما ترى ، مثل احتمال وجوب المنع عليه أواستحبابه من باب الأمر بالمعروف أواستحقاق ذلك له بالزوجية وإن لم يكن منافياً ، والأقوى حمل الأمر في النص على ماعرفت ، لكونه في مقام توهم الحظر بسبب اعتصامها بالذمة .

﴿أما المسلمة﴾ مؤمنة كانت أوغير مؤمنة ﴿فلا تتمتع إلاّ بالمسلم خاصّة﴾ مؤمناً كان أوغير مؤمن بناءً على عدم اعتبار الايمان في الكفاءة ، وإلاّ فلا يجوز لغير المؤمن التمتع بالمؤمنة كماعرفت الكلام فيه مفصلاً وفي حرمة غير الكتابيين على المسلم وحرمة المسلمة على الكفار أجمع ، نعم في الفقيه مرسلاً (١) عن الرضا عليه السلام « المتعة لا تحلّ إلاّ لمن عرفها وهي حرام على من جهلها » ومقتضاه عدم جواز تمتع المؤمن بالمخالفة والمخالف بالمؤمنة ، لأنّ الحرمة من طرف تستلزمها من طرف آخر، لكونها تابعة لصحة العقد و فساده الّذى قد عرفت سابقاً عدم تبعضه بالنسبة الى المتعاقدين ، إلاّ أنه لمّا كان غير جامع لشرائط الحجية حتّى يصلح لتخصيص العمومات وجب حمله على إرادة الإثم على جاهلها ، باعتبار إقدامه على المحرّم عنده ، فلا ينافي حينئذ صحّة العقد في نفسه ، كما هو واضح .

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك من ذلك أنّ المراد بالشرط المذكور في المتن بالنسبة الى المسلم خاصة ، ضرورة عدم اشتراط ذلك بالنسبة الى الكفار حتّى الوثني بالنسبة الى الوثنية، فانّ المتعة بينهما صحيحة .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لايجوز﴾ للمسلم التمتع ﴿بالوثنية ولا بالناصبية المعلنة بالعداوة ﴾ لأهل البيت عليهم السلام أوأحدهم ﴿ كالخوارج ﴾ ولا بغيرهم من أصناف الكفار غير من عرفت ، كما تقدم الكلام فيه سابقاً، وفي أنه لاعبرة بالاعلان في حرمة الناصبية ، و في تحقيق المراد بالناصب ، و ربّما ظهر من كشف اللثام هنا اعتباره قال : « و إلاّ فالعامة ناصبة ، لكن لايسمون بها لعدم الاعلان » وفيه ما عرفت سابقاً أنهم بحكم الناصبة في الآخرة لا الدنيا إلاّ المبغض لأحد من أهل البيت عليهم السلام

---

(١) الوسائل الباب -١- من أبواب المتعة الحديث ١١ .

متديناً به أولا ، فذلك الناصب ﴿و﴾ قد عرفت الحال فيه في محلّه . كما عرفت فيما مضى أنه ﴿لا يستمتع أمة وعنده حرّة إلاّ باذنها، ولوفعل كان العقد باطلاً﴾ أوموقوفاً على الاذن .

﴿وكذا لايدخل عليها بنت أخيها ولا بنت اُختها إلاّ مع إذنها ، ولوفعل كان العقد باطلاً﴾ أوموقوفاً على الاذن و غير ذلك من المحرّمات عيناً و جمعاً ، ضرورة كونه أحد فردى النكاح الّذى هوعنوان الحرمة، بل منه يعلم أنّ الأصل اشتراك الدائم والمنقطع في الأحكام الّتى موضوعها النكاح والتزويج ونحوهما مما يشمل المنقطع إلاّ ماخرج بالدليل من عدم الارث والنفقة والقسم والزيادة على الأربع ونحو ذلك ، كما هو واضح . فلاحظ حينئذ جميع ما تقدم سابقاً الّتى منها ما أشار اليه المصنف هنا إذا فرض كون موضوعها المنقطع، والله العالم .

﴿و﴾ على كلّ حال ف﴿يستحب أن تكون﴾ المتمتع بها ﴿مؤمنة﴾ لقول الرضا عليه السلام (١) : « المؤمنة أحبّ إلىّ » و قول الصادق عليه السلام لما سأله محمد بن الفضيل (٢) عن المتعة فقال : « نعم إذا كانت عارفة قلنا فان لم تكن عارفة ، قال : فأعرض عليها و قل لها فان قبلت فتزوّجها و إن أبت فدعها » ولا ينافي ذلك قول الصادق عليه السلام في المرسل (٣) : « لا تستمتع بالمؤمنة فتذلها » المحمول على الامرأة الّتي هى من ذوي الشرف .

و أن تكون ﴿عفيفة﴾ لخبر ابن سنان (٤) « سألت أباعبدالله عليه السلام عنها - أي المتعة - فقال لى : حلال ، ولا تتزوّج إلاّ عفيفة ، إنّ الله عزّوجلّ يقول (٥) :

(١) الوسائل الباب -١٣- من أبواب المتعة الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب -٧- من أبواب المتعة الحديث ١ عن محمد بن العيص، وفى الكافى ج ٥ ص٤٥٣ والتهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ الرقم ١٠٨٨ ، والفقيه ج ٣ص ٢٩٢ الرقم ١٣٨٧ عن محمدبن فيض .

(٣) الوسائل الباب -٧- من أبواب المتعة الحديث ٤ .

(٤) الوسائل الباب -٦- من أبواب المتعة الحديث ٢ عن أبي سارة .

(٥) سورة المؤمنون : ٢٣- الاية ٥ .

الذينهم لفروجهم حافظون ، فلا تضع فرجك حيث لا تأمن علي دراهمك » .

﴿و﴾ يستحب له أيضاً ﴿أن يسألها عن حالها مع التهمة﴾ لخبر أبي مريم (١) عن الباقر عليه السلام « أنه سئل عن المتعة فقال : إن المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم ، كن يومئذ يؤمن ، واليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن » لكن في المسالك « إن هذا يقتضي الأمر بالسؤال عن حالها ولو لغيرها وهو أجود من تعبير المصنف بسؤالها » قلت : بل يقتضي سؤال غيرها خاصة ، لعدم الجدوى في سؤالها مع التهمة ، بل قد يظهر منه الأمر بالسؤال مطلقا إلا أن يعلم كونها مأمونة .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿ليس﴾ السؤال المزبور ﴿شرطا في الصحة﴾ للأصل وحمل فعل المسلم على الصحيح ، قيل : وخبر محمد بن عبدالله الأشعري (٢) قلت للرضا عليه السلام : « الرجل يتزوج المرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً قال : ما عليه ، أرأيت لو سألها البينة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج ؟ » و فيه أنه يمكن أن يكون ذلك غير ما نحن فيه من السؤال عن المتهمة أو مطلقا قبل العقد عليها ، لظهور النصوص في مرجوحية السؤال بعد التزويج ، قال محمد بن راشد (٣) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « إني تزوجت المرأة متعة فوقع في نفسي أن لها زوجاً ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً ، قال : ولم فتشت ؟ » وفي مرسل مهران (٤) عنه عليه السلام أيضاً « قيل له : إن فلاناً تزوج امرأة متعة ، فقيل له : إن لها زوجاً فسألها ، فقال أبوعبدالله عليه السلام : ولم سألها » فالأولى الاستدلال عليه بخبر أبان بن تغلب (٥) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « إني أكون في بعض الطرقات فأرى المرأة الحسناء ولا آمن أن تكون ذات بعل

---

(١) الوسائل الباب -٦- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢و٤) الوسائل الباب -١٠- من أبواب المتعة الحديث ٥-٤ .

(٣) الوسائل الباب -١٠- من أبواب المتعة الحديث ٣ عن فضل مولى محمد بن راشد ، كما في التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ الرقم ١٠٩٢ .

(٥) اشار اليه في الوسائل في الباب -١٠- من أبواب المتعة الحديث ١ و ذكره في الكافي ج٥ ص٤٦٢ .

أومن العواهر، قال : ليس هذا عليك إنما عليك أن تصدّقها في نفسها » .

﴿ و يكره أن تكون زانية ، فإن فعل فليمنعها من الفجور ، وليس شرطاً ﴾ في أصل الجواز الّذى قدعرفت فيما تقدم مايدل عليه وعلى الكراهة مؤيداً بما سمعته آنفاً من النهي (١) عن غير العفيفة ، و قول الصادق عليه السلام في خبر محمد (٢) « إياكم والكواشف والدواعي والبغايا وذوات الأزواج ، قلت: وما الكواشف؟ قال : اللواتي يكاشفن و بيوتهن معلومة و يؤتين ، قلت : فالدواعي ، قال : اللواتي يدعين إلى أنفسهن وقد عرفن بالفساد ، قلت : فالبغايا ، قال: المعروفات بالزنا ، قلت : فذوات الأزواج : قال : المطلقات على غير السنّة » و خبر محمد بن الفضيل (٣) « سألت أباالحسن عليه السلام عن المرأة الحسناء الفاجرة هل يجوز للرجل أن يتمتع منها يوماً أوأكثر ؟ فقال : إذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتع منها ولا ينكحها » .

نعم يستحب منعها من الفجور لخبر زرارة (٤) عن أبى جعفر عليه السلام « سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فاذا الثناء عليها يثني في الفجور، فقال: لا بأس بأن يتزوّجها و يحصنها » وربما تأكد ذلك في الدائم ، لخبره الآخر (٥) قال : « سأل عمار أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوّج الفاجرة متعة ، قال: لابأس وإن كان التزويج الآخر فليحصن بابه » والمراد من حيث التزويج ، وإلاّ فلاريب في وجوبه من باب الأمر بالمعروف مع الشرائط .

كما لاريب في أصل الجواز لما تقدم سابقاً الدالة صريحاً عليه وأنه ليس عليه من إثمها شيء (٦) و اختلاط الماء بعد أن قال الشارع : « الولد للفراش وللعاهر

(١) الوسائل الباب ـ٦ـ من أبواب المتعة الحديث ٢ .

(٢و٣) الوسائل الباب ـ٨ـ من أبواب المتعة الحديث ٣ ـ ٤ .

(٤و٥) الوسائل الباب ـ١٢ـ من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٢ـ٤ والثاني مضمر .

(٦) الوسائل الباب ـ١٢ـ من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ١ .

الحجر » (١) غير قادح كما أوضحناه سابقاً ، فما عن الصدوق ـ من منع التمتع بها مطلقا و ابن البراج إذا لم يمنعها من الفجور لذلك و للنهي عنه في الآية (٢) والرواية (٣) ـ واضح الضعف بعد الاحاطة بما قدمناه هناك وهنا ، والله العالم .

﴿و﴾ كذا ﴿يكره أن يتمتع ببكر﴾ لها أب أو ﴿ليس لها أب﴾ لقول الصادق عليه السلام في خبر البختري (٤) « في الرجل يتزوج البكر متعة : يكره للعيب على أهلها » و قول أبي الحسن عليه السلام في خبر المهلب الدلال (٥) : « لا يكون تزويج متعة ببكر» المحمول على الكراهة جمعاً بينه و بين المعتبرة المستفيضة (٦) الدالة على الجواز بل في المرسل (٧) عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن التمتع بالأبكار فقال : هل جعل ذلك إلا لهن ؟ فليستترن به وليستعففن » .

و على كل حال ﴿ فان فعل فلا يقتضها ﴾ للنهي عنه ، قال الصادق عليه السلام في خبر ابن أبي الهلال (٨) : « لا بأس أن يتمتع بالبكر ما لم يفض إليها كراهية العيب على أهلها» وفي مرسل ابن أبي حمزة (٩) عنه عليه السلام أيضاً « في البكر يتزوجها الرجل متعة ، قال: لا بأس ما لم يقتضها » ومرسل أبي سعيد القماط (١٠) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « جارية بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سراً من أبويها فأفعل ذلك ، قال : نعم ، واتق موضع الفرج ، قال : قلت : و إن رضيت بذلك ، قال : وإن رضيت ، فانه عار على الأبكار » الى غير ذلك من النصوص الدالة عليه . ﴿و﴾ لكن

---

(١) الوسائل الباب ـ٥٨ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) سورة النور : ٢٤ ـ الاية ٣ .

(٣) الوسائل الباب ـ ٨ ـ من أبواب المتعة والباب ـ ١٣ ـ من أبواب مايحرم بالمصاهرة .

(٤و٥و٦و٧) الوسائل الباب ـ١١ـ من أبواب المتعة الحديث ١٠ ـ ١١ ـ ٠ ـ ٣ والاول عن حفص بن البختري .

(٨و٩و١٠) الوسائل الباب ـ١١ـ من أبواب المتعة الحديث ١ ـ ٢ ـ ٧ والاول عن زياد بن أبي الحلال .

﴿ ليس بمحرم ﴾ للأصل وظهورالنصوص المزبورة بالكراهة، خصوصاً بعد اشتمال بعضها على التعليل المعلوم أنها لها بقرينة وروده في أصل التمتع بالبكر، والله العالم .

﴿ فروع ﴾

﴿ ثلاثة ﴾

قد تقدم تفصيل الكلام فيها .

﴿ الأوّل : إذا أسلم المشرك و عنده كتابية بالعقد المنقطع كان عقدها ثابتاً ﴾ للأصل وماعرفته من جواز ابتدائه للمسلم فضلاً عن استدامته . ﴿ وكذا لو كنّ أكثر ﴾ من واحدة ، بل و أكثر من أربع ، لما تقدم من جواز ذلك في المنقطع . ﴿ ولو سبقت هي ﴾ في الاسلام ﴿ وقف على انقضاء العدّة إن كان ﴾ قد ﴿ دخل بها ﴾ وإلاّ انفسخ عقدها ، لعدم العدّة حينئذ لها ﴿ فان انقضت ﴾ العدّة من ذات العدّة المدخول بها ﴿ ولم يسلم بطل العقد ﴾ بل قد عرفت سابقاً أنه ينكشف بطلانه من أوّل ﴿ و إن لحق بها قبل ﴾ انقضاء ﴿ العدّة فهو أحق بها مادام أجله باقياً ، ولو انقضى الأجل قبل إسلامه لم يكن له عليها سبيل ﴾ و إن كانت في العدّة ، كما هو واضح .

﴿ الثاني: لوكانت غير كتابية فأسلم أحدهما بعدالدخول وقف الفسخ ﴾ أيضاً ﴿ على انقضاء العدّة وتبين منه بانقضاء الأجل أوخروج العدّة ، فأيهما حصل قبل إسلامه انفسخ به النكاح ﴾ على نحو ما سمعته في الكتابية لما سمعته سابقاً من أنه وإن كان لايجوز للمسلم التزوّج بغير الكتابية لكن إذا أسلم عنها جرى عليها حكم الكتابية، للفرق بين الابتداء والاستدامة ، كما تقدم الكلام فيه .

﴿ الثالث : لو أسلم و عنده حرة وأمة ثبت عقد الحرة ووقف عقد الأمة على رضاء الحرة ﴾ وإن كان عقد الحرة المتأخر، لكن فيه البحث السابق، فلاحظ وتأمل كي يظهر لك جريان غير ذلك مما تقدم هناك في المقام ، والله العالم .

﴿ وأما المهر فهو شرط في عقد المتعة خاصة ويبطل بفواته العقد ﴾ بلا خلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة بعد قول الصادق عليه‌السلام في صحيح زرارة (١) : « لا تكون متعة إلا بأمرين : بأجل مسمى وأجر مسمى» بل يومىء اليه قوله عليه‌السلام أيضاً في خبر آخر (٢) : « إنهن مستأجرات » كقول الباقر عليه‌السلام (٣) : « إنما هي مستأجرة » بل منه يعلم الوجه في الفرق بين الدائم الذي يراد منه النسل و نحوه و بين المتعة المراد منها الانتفاع والاستمتاع ونحو ذلك مما هو شبه الاجارة ، ولذا كان المهر فيها كالعوض في الاجارة شرطاً في الصحة .

﴿ و يشترط فيه ﴾ حيث يكون عيناً ﴿ أن يكون مملوكاً ﴾ للمتمتع ، فلو كان غير مملوك كالخمر والخنزير أو لغير العاقد لم يصح ، لامتناع أن يملك البضع بمال غيره و إن رضي المالك بعد ذلك ، بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات ، فان الاجازة تؤثر في نقله الى ملك المالك ، و هنا لا يتصور ذلك ، لمعلومية اعتبار تعيين الزوج والزوجة في النكاح ، بخلاف البيع والاجارة و غيرهما مما لا يعتبر فيه ، بل لو اتفق قصد المؤجر خصوص المستأجر كان لاغياً ، فيقع للموكل مثلا و إن لم يقصده المؤجر ، و من هنا كان البائع والمشترى مثلا تابعاً لملك المال بخلاف النكاح ، بل لا يبعد البطلان أيضاً فيما لو أباح له جميع التصرفات في المال فتمتع به المباح له ، لعدم دخوله في ملكه بهذه الاباحة ، أللهم إلا أن يكون قصد به التملك قبل صيرورته مهراً، وقلنا بتأثير هذا القصد في التملك، وليس جعله مهراً في المتعة قصداً لتملكه واحتمال أن يكون مثل «أعتق عبدك عني»

(١) الوسائل الباب -١٧- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢و٣) الوسائل الباب -٤- من أبواب المتعة الحديث ٢-٣ .

يدفعه عدم الدليل على الصحة هنا حتّى يلزم تقدير الملك جمعاً بينه و بين القواعد ، بل مقتضى معاملة المهر هنا معاملة العوض في الاجارة عدم جواز كونه في ذمّة شخص ولو برضاه ، لعدم جواز مثله في البيع والاجارة على وجه يكون المعوّض ملكاً لغير من في ذمته العوض ، كما لا يجوز كونه عيناً مملوكة لشخص آخر ولو بعد سبق رضاه ، كلّ ذلك بناءً على كون المتعة بالنسبة الى ذلك كغيرها من المعاوضات .

نعم قد يناقش في أصل اعتبار الملكية للعوض فيها على هذا الوجه ، لعدم الدليل ، بل مقتضى إطلاق أدلة المقام خلافه ، إنما المعتبر كونه من الأعيان المملوكة بمعنى عدم كونه مما لا يملك ، كالخمر والخنزير ونحوهما .

و على كلّ حال فقد عرفت أنّ المراد من هذا الشرط حيث يكون المهر من الأعيان لا مطلقا ضرورة صحة كونه منفعةً وعملاً بل حقاً من الحقوق المالية ، كحق التحجير و نحوه لاطلاق الأدلة .

﴿و﴾ كذا يشترط فيه أن يكون ﴿ معلوماً ﴾ بما يتحقق به صدق ذلك عليه ﴿ إما بالكيل ﴾ للمكيل ﴿ أوالوزن ﴾ للموزون أوالعدّ للمعدود ﴿ أوالمشاهدة أوالوصف ﴾ الّذى يتحقق به ما عرفت أو نحو ذلك مما يتحقق به ما عرفت بلمس أوذوق أوغيرهما لاطلاق الأدلة والتصريح بالاكتفاء بنحو الكف من البرّ أوالسويق أو نحو ذلك مما يعلم منه عدم اعتبار المعلومية المعتبرة في البيع مثلاً الّذى قد نهي فيه عن الغرر (١) بخلاف المقام الّذى لم نعثر فيه على دليل كذلك ، واعتبار التسمية في المهر والعلم أعمّ من ذلك ، فمن هنا قلنا : يكفي فيه تحقق صدق كونه معلوماً بمشاهدة ونحوها .

﴿ و يتقدّر بالمراضاة قلّ أو كثر، ولو كان كفاً من برّ ﴾ و نحوه مما هو صالح لأن يكون عوضاً، لاطلاق الأدلة ، بل صراحتها في ذلك ، وإن كان المذكور فيها بعد « إن » الوصليّة « الكف من برّ » و نحوه لكن لا على أنّ المراد منه عدم إجزاء الأقل، بل المراد ذلك ونحوه مما يقع التراضي عليه مما هو صالح للعوضية ،

(١) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٣٨ .

فما عن الصدوق من تحديد القلة بدرهم لقول الباقر عليه السلام في خبر أبي بصير (١) : « يجزيء الدرهم فما فوقه » الذي هو مع الضعف في سنده والمعارضة بغيره لا يدل على التحديد بعد ما عرفت من إرادة ما سمعت من نحو هذا اللفظ هنا المعلوم بقرائن المقام إرادة الاجتزاء بكل ما يقع عليه التراضي مما هو صالح للتعاوض و إن ذكر القدر المزبور بناءً على تعارف عدم الأقل منه ، نحو قول الصادق عليه السلام للأحول (٢) وقد سأله عن أدنى ما يتزوّج به الرجل متعة : « كفٌّ من برٍّ » ولأبي بصير (٣) وقد سأله عليه السلام عنه أيضاً : « كفٌّ من طعام دقيق أوسويق أوتمر » مع أنه أقرب الى إيهام التحديد من خبر الصدوق ، إلاّ أنّ المتجه بعد ملاحظة النصوص التي قدّرته بما يقع عليه التراضي إرادة ما ذكرناه من ذلك ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿يلزم دفعه﴾ أي المهر ﴿ بالعقد ﴾ المقتضي لملكيته ولكونه كالمهر المستحق دفعه عقيبه وإن كان استقراره هنا مراعى بالدخول والوفاء بالتمكين في المدة و لظاهر قوله تعالى (٤) : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أُجورهن » الذي قد استفاضت النصوص (٥) في ورودها في المتعة وأنه في قراءة أبيّ وغيره ، « إلى أجل » ولخبر عمر بن حنظلة (٦) قال للصادق عليه السلام : « أتزوج المرأة شهراً فتريد مني المهر كملاً فأتخوف أن تخلفني ، فقال : لا يجوز أن تحبس ما قدرت عليه ، فان هي أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك » على ما عن أكثر النسخ ، وعن بعضها « يجوز أن تحبس » لكن لا يوافق ظاهر قوله عليه السلام « فخذ منها » بل قد يشعر به أيضاً مكاتبة الريان (٧) إلى أبي الحسن عليه السلام قال : « كتبت إليه : الرجل

(١و٢و٣) الوسائل الباب ـ٢١ـ من أبواب المتعة الحديث ١ـ٢ـ٥ .

(٤) سورة النساء : ٤ـ الاية ٢٤ .

(٥) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب المتعة .

(٦) الوسائل الباب ـ٢٧ـ من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٧) الوسائل الباب ـ٢٨ـ من أبواب المتعة الحديث ٢ .

يتزوّج المرأة متعة بمهر إلى أجل معلوم و أعطاها بعض مهرها وأخرته بالباقي ثمّ دخل بها ، وعلم بعد دخوله بها قبل أن يوفيها باقي مهرها أنها زوّجته نفسها ولها زوج مقيم معها ، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لايجوز ؟ فكتب : لا يعطيها شيئاً ، لأنها عصت الله » فان ظاهر نسبة التأخير إليها مشعر باستحقاقها الأخذ منه قبل المدة ، بل قد يشعر به غيره (١) أيضاً من الأخبار ، و لعله لذا كان المحكي عن المفيد والمرتضى والقاضي التصريح بذلك، بل لعله الظاهر من المصنف والفاضل وغيرهما على معنى إرادة المصاحبة من الباء أو السببيّة التامة في الدفع ، لا أنّ المراد كون العقد سبباً في الوجوب في الجملة على وجه لاينافي اشتراطه بأمر آخر ، وذلك لأنّ المهر أحد العوضين الّذى لا يجب تسليمه على أحدهما قبل أن يتسلم العوض الآخر ، فمع التعاسر يتقابضان معاً ، بل قد سمعت في كتاب الاجارة عدم وجوب تسليم العوض قبل تسلّم العمل ، و خبر عمر بن حنظلة معارض بما سمعته من بعض نسخه ، و من هنا جزم جماعة بعدم وجوب دفع تمام المهر .

لكن فيه (أوّلاً) أنّ المتجه على تقدير إلحاق ما هنا بالاجارة التفصيل بين الأمة والحرّة ، فيجب دفع المهر بتسليم الأولى بخلاف الثانية على قياس استئجار العين المملوكة و استئجار الحرّ اللّهم إلاّ أن يفرّق بين الدابة والأمة باعتبار استقلال المستأجر في الأولى في الاستيفاء بخلاف الثانية الّتي يمكن أن تمتنع عليه في الاستيفاء ، (و ثانياً) أنه ينبغي توزيع المهر على تمام المدة ، ولا أظنه يلتزمونه ، (وثالثاً) أنه يمكن منع كون المقام من ذلك ، بل هو أشبه شيء بالمهر الّذى يستقر بالدخول ، لما سمعته من الآية (٢) والرواية (٣) (بل في جامع المقاصد الاجماع عليه خ ل) نعم هو باعتبار ضرب المدّة فيه لايستقر ملكها له حتّى تمضى المدّة ممكّنة كما سيأتى ، والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب -٢٧ و ٢٨- من أبواب المتعة .

(٢) سورة النساء : ٤- الاية ٢٤ .

(٣) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب المتعة الحديث ١ .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو وهبها المدّة﴾ أوتصدق بها عليها و جعلها في حلّ منها كما عبّر بذلك عنه في النصوص المعلوم إرادة ما يشبه الابراء من ذلك فانه في الحقيقة إسقاط ما يستحقه عليها ، فلا يحتاج إلى قبول ولا إلى قابلية المتمتع بها لذلك ، فيصح له الهبة المزبورة للصغيرة والمجنونة والأمة و غيرها ، والشك في ذلك من بعضهم بأنه يتجدّد شيئاً فشيئاً فلا يتعلّق به الابراء قبل حصوله اجتهاد في مقابلة النصوص ، على أنه في الحقيقة إسقاط للاستحقاق المتحقق فعلاً وإن تأخر المستحق ، فهو كابراء الأجير مما يستحق عليه في الزمان المتأخّر .

وعلى كلّ حال فاذا جعلها في حلّ من ذلك ﴿قبل الدخول لزمه النصف﴾ من المهر وفاقاً للمشهور ، بل في جامع المقاصد إجماع الأصحاب عليه ، و في كشف اللثام هو مقطوع به في كلام الأصحاب ، و حكى عليه الاجماع في السرائر ، و به مقطوع زرعة عن سماعة (١) « سألته عن رجل تزوّج جارية أوتمتع بها ثمّ جعلته في حلّ من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ، قال : نعم إذا جعلته في حلّ فقد قبضته منه ، فان خلاّها قبل أن يدخل بها ردّ المرأة على الزوج نصف الصداق » و لمكان ضعف الخبر المزبور و إمكان إرادة خصوص الطلاق من التخلية فيه شكك بعض الناس في الحكم ، باعتبار أنّ العقد قد أوجب الجميع و حرمة القياس على الطلاق، إلاّ أن يقال: إنه بمنزلة الأجرة، ولا أجرة إذا وهبت المنفعة للمؤجر، كما في كشف اللثام ، وفيه إمكان منع كون الحكم كذلك أيضاً في المشبّه به نعم أصل الشك في الحكم المزبور في غير محلّه بعد ماعرفت من الاجماع المعاضد للخبر المزبور الذى لا يقدح قطعه في الحجية عندنا بعد ما ذكرناه غير مرّة من الظن القوى بكون المراد أن مرجع الضمير الامام عليه السلام .

ثمّ الخبر و كلام الأصحاب يشمل هبة جميع المدّة و بعضها كما صرّح به غير واحد ، بل الظاهر هبة البعض ، لأنه لا يمكن هبة الجميع في المدّة المتصلة ، نعم في كشف اللثام « إن أقر بعضها كأن يهبها عقيب العقد على شهرين شهراً دون آخر

---

(١) الوسائل الباب -٣٠- من أبواب المتعة الحديث ١ .

اتجه العدم ، لخروجه عن النص من الخبر و كلام الأصحاب » وفيه أنه ـ بعد أن علم من الأدلة قابلية هذا الحق للاسقاط والابراء ، وأنه مقتضى الحكمة بعد أن لم يقع بها طلاق ، و ربما أراد الفراق فلو لم يصح ذلك لم يقع الفراق ـ لم يكن فرق بين هبة الكلّ والبعض ، ولو على الوجه الّذى ذكره ، خصوصاً إذا كان الموهوب المتأخّر من الزّمان ، وعدم تعرّض النصوص لهذا بالخصوص لايقتضى العدم بعد أن عبرت عن ذلك بالهبة والصدقة والاحلال و غيرها مما لا يتفاوت فيه بين الجميع .

ومن هنا يتم ما فرّعه في المسالك قال: « و اعلم أنّ الظاهر من هبة المدّة قبل الدخول هبة جميع ما بقي منها عند الهبة ، و ذلك هو المقتضي لسقوط نصف المهر إذا وقع قبل الدخول ، و هل المقتضى له هو مجموع الأمرين أو حصول الفرقة قبل الدخول ؟ و جهان ، من ظهور اعتبار الدخول وعدمه في ذلك كالطلاق ، و من الوقوف على موضع اليقين فيما خالف الأصل ، و تظهر الفائدة فيما لو وهبها بعض المدّة كنصفها مثلاً وقد بقي منها أكثر من النصف ، ولم يتفق فيها دخول حتّى انقضى مابقي منها بغير هبة ، فعلى الأوّل يثبت لها المجموع ، وعلى الثاني النصف. وإطلاق الرواية يدل على الثاني لوكانت معتبرة في الدلالة » قلت : قد عرفت اعتبارها فالمتجه حينئذ أنّ الموجب للتنصيف كونه فرقة قبل الدخول ، وإلاّ فهبة المدّة بمنزلة استيفائها له في الحقيقة نحو هبتها المهر إياه ، ولا ينافي ذلك كونها ممكّنة له ، ولا تقصير منها ، إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النصّ والاجماع الّذى سمعته الشامل معقده لهبة ما بقي من المدّة ولو اليسير، و إن كانت هي في السابق ممكّنة له لم يكن منها تقصير ولا إخلال ، و من ذلك يعلم أن لها النصف بطريق أولى فيما إذا كان المانع من الدّخول بها حيض أوشبهه حتّى مضت المدّة .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو دخل استقر المهر بشرط الوفاء بالمدّة﴾ أي تمكينها من نفسها في تمام مدّته إلاّ أن يهبها هو ، فانه يجب عليه دفع الجميع الّذى قد استحق بالعقد واستقر بالدّخول مع عدم حصول إخلال منها بما بقي له من مدّته، لكن في جامع المقاصد « لودخل ثمّ وهبها الجميع أوالبعض ففي سقوط شيء من المهر باعتبار ما ظهر من المدّة نظر ولم أقف للأصحاب على كلام في ذلك » ﴿و﴾ فيه أنه

لاريب في ثبوت الجميع بذلك لما عرفت .

نعم ﴿ لو أخلت هي ببعضها كان له أن يضع من المهر بنسبتها ﴾ إن نصفاً فنصف و إن ثلثاً فثلث بلاخلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال ، لكونها كالمستأجرة وللمعتبرة المستفيضة التي منها خبر ابن حنظلة (١) السابق وخبره الآخر (٢) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « أتزوج المرأة شهراً بشيء مسمى فتأتي بعض الشهر ولا تفي ببعض ، قال : يحبس عنها من صداقها بقدر ما احتبست عنك إلا أيام حيضها، فانها لها » ونحوه خبره الثالث (٣) عنه عليه السلام أيضاً، وخبر إسحاق بن عمار (٤) قلت لأبي الحسن عليه السلام : « الرجل يتزوج المرأة متعة بشرط أن تأتيه كل يوم حتى توفيه شرطه أو يشترط أياماً معلومة تأتيه فيها فتغدر به فلا تأتيه على ما شرط عليها ، قال : نعم ينظر ما قطعت من الشرط ، فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ما خلا أيام الطمث ، فانها لها ، فلا يكون عليها إلا ما حل له فرجها » و ظاهر الأخير بل و غيره عدم التوزيع على ما يفوت عليه من الاستمتاع غير الوطء ، ولعله كذلك .

فما عن التحرير من الاشكال فيه من ذلك ومن نقصان الاستمتاع في غير محله ، كما أنه قد يومىء استثناء أيام الحيض فيه وفي غيره إلى استثناء غيره من الاعذار كالمرض ونحوه مما لا يعد حبسا منها و إخلالا ، لكن في المسالك « فيه وجهان ، من المشاركة في المعنى وكون ذلك على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورده » وفي القواعد «لومنع العذر عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك أي لاينقص من مهرها شيء على إشكال، ولعله من انتفاء الاستيفاء رأساً وهو أحد العوضين، فانتفى الآخر كسائر المعاوضات ، والفرق بينه و بين الحيض بأنه عادي ، فأيامه في حكم المستثناة في العقد بخلاف غيره ، و من أنها مسلمة لنفسها ، و إنما عرض المانع من خارج و قد ثبت المهر بالعقد ، ولا يعلم سقوطه بمثل ذلك مع جواز التمتع بمن لا يمكنه الاستمتاع بها ابتداء ــ ثم قال ــ : وكذا الاشكال لومنع هو أوهي بظالم كل المدة » وبالجملة لومنع العذر من بعض الاستمتاع كل المدة أو بعضها أو من

(١و٢و٣و٤) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب المتعة الحديث ١-٤-٢-٣ .

الجميع في كلّها أو بعضها فاشكال عنده من احتمال توزيع المهر على المدّة و وجوه الاستمتاع جميعاً أو بالتفريق والعدم ، وفي كشف اللثام « و يقوى السقوط بالنسبة مع امتناعها اختياراً عن الاستمتاع رأساً ، لضرورة ملجأة لها لحفظ مال أو عرض أو نفس ، لصدق أنها لم تف له بالمدّة ، وعدم السقوط إن استوعب الحيض المدّة ، و أما نحو الأكل والشرب الضروريين والتنظف والتهيوء للزوج فالظاهر استثناؤها أيضاً ، لقضاء العادة بها ، فيدخل استثناؤها في مفهوم العقد » و كأنه تبع بذلك أحد احتمالى المحقق الثانى في جامعه .

ولكن التحقيق ما عرفته من أن العوض هنا مهر يجرى عليه حكمه ، و هو وجوبه بالعقد ، إذ هو نكاح بالنسبة الى ذلك وإن كان زمانه منقطعاً ، نعم قد عومل معاملة الأجرة فيما إذا أخلفت في بعض المدّة ، للأدلة الخاصة ، فيبقى غيره على مقتضى وجوبه ، بل الظاهر ملاحظة الاخلال بحصول التمكين من الوطء في التوزيع دون غيره من الاستمتاعات ، كما عساه يوميء اليه قوله عليه السلام : « فلا يكون عليها إلاّ ماحلّ من فرجها » كايماء قوله عليه السلام : « تحبس » و « قطعت » و نحو ذلك إلى الاخلال لا لعذر شرعى يوجب عليها عدم المجيء ولو حفظ نفس أو عرض ، وبالجملة فالأصل يقتضي وجوب المهر بالعقد خرج الاخلال منها بالمدّة لا لعذر ، فيبقى غيره .

و بذلك يتجه وجوب المهر عليه أجمع بموتها كما جزم ثاني الشهيدين نعم في القواعد « الأقرب أنّ الموت هنا كالدائم ، أي كالموت فيه يثبت المهر و إن مات أو ماتت لثبوته بالعقد ، والموت لا يصلح لاسقاطه إلاّ بدليل و ليس ، والفرق بينه و بين ما إذا منعت من الاستمتاع بيّن » و لعلّ قوله ، « الأقرب » لاحتمال السقوط بالنسبة بناءً على أنه في مقابلة الاستمتاع موزّع عليه و على المدّة ، فيسقط كلاً أو بعضاً بامتناعه كلاً أو بعضاً كما لو استاجر دابة فماتت ، و إن كان هو واضح الضعف كما اعترف به في جامع المقاصد ، لما عرفته من الأصل السابق ، بل الظاهر أنه بموته أو موتها المخرج لهما عن قابلية الانتفاع تكون كانتهاء المدّة .

و منه يعلم قوة انفساخ عقد المتعة بينهما بذلك ، لا أنه باقٍ إلى أجله ، ولا أنه ينقلب دائماً و لعله هو الوجه في استفاضة النصوص (١) بعدم التوارث بينهما بالموت ، لأن به ينفسخ هذا العقد بينهما ، فلا زوجية ، خصوصاً المتضمنة (٢) منها أنها لا تطلق وليست إحدى الأربع ولا ترث إنما هن مستأجرات ، فانه كالصريح في ذلك ، كما ستسمع إن شاء الله مزيد تحقيق له في محله .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو تبين فساد العقد إما بأن ظهر لها زوج أو كانت أخت زوجته أو أمها﴾ ولو من الرضاعة ﴿أو ما شاكل ذلك من موجبات الفسخ﴾ للعقد ﴿ولم يكن دخل بها﴾ وإن استمتع بها بتقبيل و نحوه ﴿فلا مهر لها﴾ قطعاً لا المسمى ﴿و﴾ لا غيره ، بل ﴿لو﴾ كان قد ﴿قبضته كان له استعادته﴾ ضرورة بقائه على ملكه ، بل الظاهر أن له المطالبة بمثله أو قيمته مع تلفه .

﴿و﴾ أما ﴿لو تبين ذلك بعد الدخول﴾ بها ففي محكي المقنعة والنهاية والمهذب والمهذب ﴿كان لها ما أخذت ، وليس عليه تسليم ما بقي﴾ من غير فرق بين العالمة والجاهلة، ولعله لحسن حفص (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « إذا بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجاً فما أخذته فلها بما استحل من فرجها ، و يحبس عنها ما بقي عنده » بل قد يقال إن مرادهم لها ما أخذت ولو جميع المهر ، وله حبس ما عنده ولو الجميع حينئذ ، لكنه هو كما ترى قول غريب منافٍ لما دل (٤) من عدم المهر للبغي، ولعدم

---

(١) الوسائل الباب ـ٣٥ـ من أبواب مقدمات النكاح والباب ـ٤ـ من أبواب المتعة الحديث ٤ و ٥ والباب ـ ١٨ ـ والباب ـ ٢٣ ـ منها الحديث ٥ والباب ـ ٣٢ ـ منها الحديث ٣و٦و٧و٨و١٠ والباب ـ١٧ـ من أبواب ميراث الازواج من كتاب المواريث .

(٢) الوسائل الباب ـ٤ـ من أبواب المتعة الحديث ١و٢و٤و٥ .

(٣) الوسائل الباب ـ٢٨ـ من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٤) سنن البيهقي ج ٦ ص ٦ وألفاظ الحديث مختلفة : « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن .... مهر البغي » و « لا يحل .... ولا مهر البغي » و نحو ذلك مثل « سحت » و « خبيث » .

خلو البضع عن المهر مع عدم الزنا ، بل ولقاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » بل ولمكاتبة ابن ريان (١) إلى أبي الحسن عليه السلام « الرجل يتزوّج المرأة متعة بمهر إلى أجل معلوم وأعطاها بعض مهرها و أخّرته بالباقي ، ثمّ دخل بها ، و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيها باقي مهرها أنها زوّجته نفسها ولها زوج مقيم، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز ؟ فكتب : لا يعطيها شيئاً ، لأنها عصت الله » بناءً على ظهوره ولو للتعليل في عدم دفع شيء لها مع فرض علمها و في استرجاع ما أخذته منه منها إلاّ أن السائل لما سأل عن حبس مابقي مشعراً بالاعراض عما دفعه اليها كان الجواب بما سمعت ، لا أنّ المراد عدم جواز استرجاع شيء مما دفعه اليها مع فرض كونها زانية ، فانه منافٍ لما سمعت ، خصوصاً مع بقاء العين التى لم يحصل سبب شرعي لخروجها عن ملك مالكها ، ضرورة تبيّن بطلان السبب المخصوص ، فلا أثر له و إن حصل بزعم التأثير كما هو واضح ، إذهو كغيره من المقامات ، فيجب حمل الخبر المزبور بعد تسليم حجيته على صورة الجهل ، وكون المدفوع إليها مساوياً لمهر المثل أورضاها به أونحو ذلك ، بل ربما حمل كلام الشيخين على ذلك أيضاً .

ومن هنا كان ظاهر المصنف الإعراض عنه حيث قال: ﴿ ولو قيل: لها المهر إن كانت جاهلة و يستعاد ما أخذت إن كانت عالمة كان حسناً ﴾ لكون الوطء شبهة في الأوّل ، فتستحق المهر بها وزناً في الثاني ولا مهر لبغي ، بل الظاهر أن له ذلك حتّى لو أتلفته ، ضرورة ضمانه عليها ، و عدم المطالبة به في البيع الفاسد إن قلنا به ، فلدليل خاصّ ، والتسليط منه إنما كان بزعم الصحة ، بل لا يبعد ذلك حتّى مع علمه بالفساد باعتبار أن دفعه له بعنوان كونه المسمّى في العقد ، فكأنه اشترط في إباحته صحة العقد على وجه لاينافي علمه بالفساد الّذى أقصاه حينئذ علمه بعدم حصول شرط الاباحة .

---

(١) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب المتعة الحديث ٢ وهي مكاتبة ريان بن شبيب كما فى الكافى ج ٥ ص ٤٦٢ .

نعم يبقى الكلام في المهر الّذى يجب دفعه في الصورة الاُولى ، فربما قيل : إنه المسمى ، بل ربما قيل : يلاحظ فيه التوزيع على المدّة ، ولكن فيه أنه بعد ظهور الفساد لا مقتضي لوجوبه كي يدفعه كلاً أوموزعاً حتى لوفرض أقليته من مهرالمثل، ضرورة أن رضاها به إنما كان لزعم الصحة الّذى قدبان خطاؤه، ومن ذلك يظهرلك ما في احتمال وجوب أقل الأمرين من مهرالمثل والمسمّى ، نعم يتجه وجوب مهرالمثل لها كما في غيره من أفراد وطء الشبهة .

إنما الكلام في أنه مهر أمثالها بحسب حالها لتلك المدة الّتى سلمت نفسها فيها متعة ، أومهرالمثل للنكاح الدائم ، لأن ذلك هو قيمة البضع عند وطء الشبهة من غير اعتبار لعقد الدوام والانقطاع ؟ وجهان قويان من حيث إقدامها على ما هو شبه الاجارة ، فمع فرض فساده لها أجرة المثل بالنسبة الى تلك المدّة الّتى أقدمت عليها، ومن تبين الفساد والشارع قد جعل مهرالمثل للبضع باستيفاء منفعته ولومرّة ، ولعل ثانيهما أقواهما ، والله العالم .

﴿ و أما الأجل فهو شرط في عقدالمتعة ﴾ إجماعاً بقسميه و نصوصاً (١) ﴿و﴾ لذا ﴿ لولم يذكره ﴾ فيه لفظاً ولا قصداً لم يكن عقد متعة و ﴿ انعقد دائماً ﴾ في المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل لعله مجمع عليه مما عرفته سابقاً من صلاحية اللفظ حتّى لفظ المتعة لهما، وإنما يتمحض المتعة بذكر الأجل ، فاذا أهمل في اللفظ والنفس تعين للدوام ، ولأصالة الصحة في العقد ، و لقول الصادق عليه السلام في موثق ابن بكير (٢) : « إن سمى الأجل فهو متعة ، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح ثابت » ولأن أبان بن تغلب (٣) قال له عليه السلام لمّا علّمه كيفية عقدالمتعة : « إني أستحيي أن أذكر شرط الأيام فقال : هو أضر عليك ، قلت : و كيف ؟ قال : إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة والعدة ، وكانت وارثاً ولم تقدر على أن تطلقها إلاّ طلاق

(١) الوسائل الباب -١٧و١٨و٢٠و٢٥- من أبواب المتعة .

(٢و٣) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المتعة الحديث ١-٢ ، في الاول « فهو نكاح بات » .

السنة » .

بل في ظاهر المسالك و كشف اللثام وغيرهما أن المشهور انعقاده دائماً بمجرد عدم ذكر الأجل في اللفظ و إن كان مقصوداً له لما عرفت ، لكنهما أشكلاه بضعف الخبرين و عدم صراحتهما في ذلك ، بل في الأول منهما عدم دلالة الأول منهما ، إنما دل على أن الدوام لا يذكر فيه الأجل ، وهو كذلك لا على أن من قصد المتعة ولم يذكر الأجل يكون دائماً ، وصلاحية اللفظ لا تجدي إذا خالفه القصد ، ضرورة كون المعتبر اتفاقهما على معنى واحد ، و هو غير حاصل هنا ، لأن المقصود هو المتعة والمطابق للفظ هو الدائم، وذلك يقتضي البطلان لفوات شرط المقصود وعدم قصد الملفوظ . ومن هنا قال في المسالك : القول بالبطلان مطلقا أقوى ، وربما يؤيده مضمر سماعة (١) « سألته عن رجل أدخل جارية يتمتع بها، ثم إنه نسي أن يشترط حتى واقعها يجب عليه حد الزاني ، قال : لا ولكن يتمتع بها بعد النكاح ، ويستغفر الله مما أتى » بناء على إرادة نسيان الأجل من الاشتراط فيه .

و فيه منع الضعف في السند أولاً لكون الأول من قسم الموثق والانجبار بالشهرة ثانياً ، و عدم الصراحة لا ينافي الظهور الكافي في الاستدلال ، خصوصاً بعد الاعتضاد بخبر هشام بن سالم (٢) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « أتزوج المرأة متعة مرة مبهمة ، قال فقال : ذاك أشد عليك ترثها و ترثك ، ولا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر و شاهدين ، قلت : أصلحك الله فكيف أتزوجها ؟ قال ، أياماً معدودة بشيء مسمى » الى آخره فأنه كالصريح في كون المراد المتعة ، و بأن اعتبار الأجل في المتعة على جهة الشرطية الخارجة عن معنى النكاح ، فمع فرض عدم الذكر لا يؤثر بناء على أن المقدر لا يجري عليه حكم المذكور ، بل هو حينئذ كعدم وجوده ، فلا يؤثر بطلاناً للعقد لو كان باطلاً مثلاً ، فقصد النكاحية حينئذ بحاله، نعم لو قلنا : المعتبر في الدائم قصد الدوام اتجه حينئذ الفساد ، ضرورة عدم قصد ذلك

---

(١) الوسائل الباب -٣٩- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المتعة الحديث ٣ .

في الفرض ، لكنه واضح المنع ، و مضمر سماعة بعد الغض عما في سنده و قطعه يمكن إرادة أصل العقد من الاشتراط فيه أو المتعة من لفظ الايجاب على الوجه الّذى ستعرفه .

و من ذلك يعلم ما في المسالك حيث إنه بعد نقل القولين المزبورين والتفصيل عن ابن إدريس بأنه إن كان الايجاب بلفظ التزويج والنكاح انقلب دائماً و إن كان بلفظ التمتع بطل العقد ، لأن اللفظين الأولين صالحان لهما بخلاف الثالث فانه مختص بالمتعة ، فاذا فات شرطها بطل قال : « وفيه أن بطلان عقد المتعة كما حصل بفوات شرطه وهو الأجل فكذلك الدوام بطل بفوات شرطه ، وهو القصد إليه ، فانه الركن الأعظم في صحة العقود » إذ هو كما ترى صريح في اعتبار قصد الدوام في صحّة الدائم، لكن قد عرفت ما فيه من أنّ الدوام إن حصل فيما قصد به النكاحية فمن حيث ثبوت النكاح بذلك و احتياج رفعه الى رافع شرعى ، نحو حصول الدوام فيما قصد به الملك من غير ملاحظة ذلك فيه ، لا أنه حاصل من حيث ملاحظة الدوام قيداً فيه على حسب ملاحظة الأجل في المنقطع .

فتلخص من ذلك أنّ الانقطاع الحاصل في المؤجل الّذى شرّعه الشارع من حيث اشتراط الأجل فيه ، فمع فرض عدم ذكره يكون كالعقد الفاقد للشرط ، لا أن لفظ « انكحت » مستعمل في المنقطع على وجه يكون ذكر الأجل كاشفاً عن المراد بها ، بل هي ليست إلاّ مستعملة في معنى النكاحية ، والانقطاع إذا أريد استعمل فيه مايدل عليه من ذكر الأجل ، فهو معه حينئذ دالان ومدلولان ، و مع عدمه يبقى الأوّل على معناه ، و يحصل الدوام فيه من مجرد ثبوت النكاحية فيه وحينئذ فكلام المشهور والروايات مبنية على ذلك ، ولاينافيها شيء مما ذكروه من تبعية العقود للقصود ولا غيره ، فتأمّل جيّداً ، فانه دقيق رشيق ، وكأن ما ذكره ابن ادريس مبنىّ على دعوى دخول الانقطاع في مفهوم لفظ « متّعتك » وقد تقدّم سابقاً ما يبطله فلافرق حينئذ بين الصيغ الثلاثة كما هو مقتضى النصوص التي في بعضها (١)

---

(١) المستدرك الباب -١٣- من أبواب المتعة الحديث ٢ والبحار ج ١٠٣ ص ٣٠٣ ط الحديث .

خصوص هذا اللفظ .

بل من ذلك يعلم فساد القول الرابع في المسألة ، و هوالفرق بين تعمد ترك الأجل و بين الجهل به و نسيانه ، فان كان الأوّل انعقد دائماً و إلاّ بطل بدعوى ظهور تعمدالترك في إرادة الدوام ، بخلاف الأخيرين ، ضرورة أن ذلك بعد الاغضاء عما فيه من وجوه خارج عما نحن فيه فيما (مما خ ل) علم فيه إرادة المتعة ، ولكن لم يذكر الأجل ولو نسياناً أوحياءً أونحو ذلك .

كما أنه من الاحاطة مما ذكرناه يعلم ما في كلام جماعة من الأساطين الّذين شدّدوا النكير على الأصحاب في صيرورة العقد دائماً بعدم ذكر الأجل الّذى قد عرفت وجهه .

نعم لايبعد البطلان مع فرض قصد العاقد الانقطاع من نفس الصيغة وأنّ الأجل إنما يذكره كاشفاً لما أراده من اللفظ ، ضرورة عدم قصدالمطلق من النكاح حينئذ فلا مقتضي لصيرورته دائماً ، كما لا وجه لصيرورته منقطعاً ، لعدم ذكر الأجل فيه ، و قد عرفت أنه شرط في صحته ، و يمكن حمل مضمر سماعة السابق على ذلك ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿تقدير الأجل إليهما طال أوقصر كالسنة والشهر واليوم﴾ لاطلاق الأدلة الخالية عن تحديده قلة و كثرة ، بل صريح غير واحد منها التعليق على ماشاءا من الأجل وتراضيا عليه مؤيداً ذلك باطلاق الفتاوى على وجه يمكن دعوى الاجماع عليه ، و ما عن ظاهر الوسيلة من تقدير الأقل بما بين طلوع الشمس والزوال محمول على المثال ، وإلاّ كان محجوجاً بما عرفت .

نعم قد يناقش بما في المسالك (١) وكشف اللثام وغيرهما من جواز جعله الى وقت طويل يعلم عدم بقائهما إليه ، للاطلاق المزبور، وعدم مانعية الموت إن لم يكن إجماعاً بأن المنساق من النصوص الواردة في المشروعية و في اعتبار الأجل فيها غير ذلك، خصوصاً بعد عدم جواز مثله في الاجارة المشبه بها المتعة ، ضرورة عدم القابلية

(١) هكذا في النسخة الاصلية والصحيح « ما في المسالك ... »

حينئذ للاستمتاع ، فلا وجه لانشاء تملكه و تمليكه بالعوض ، بل هو حينئذ شبه المعاملة السفهية ، بل لاريب في عدم مراعاة مثله في التوزيع ، لعدم تحقق حبس المنفعة فيه المقتضي للتوزيع الّذى قد عرفته .

وكذا ما فيهما أيضاً من جواز قلته إلى حدّ اللحظة المضبوطة و نحوها مما لا تسع للجماع ونحوه ، للاطلاق المزبور ، و عدم انحصار فائدة النكاح في الجماع وإن كان هو معظم المقصود منه ، بل من فوائده تحريم المصاهرة ونحوها .

ومنه يعلم جواز العقد متعة على الصغيرة الّتى لايجوز وطؤها ، وللصغير الّذى لا قابلية له للوطء بنحو ما سمعت من الشك في تناول الأدلة لمثل ذلك مما لا يسع تحقق ماهية الاستمتاع ، والعقد للصغير و على الصغيرة بعد فرض الأجل القابل لتحقق الاستمتاع كاف في الصحة و إن لم يكونا قابلين لوقوع ذلك ، ضرورة عدم اعتبارها بصغر أومرض أوغيرهما فضلاً عن عدم وقوعها ، إنما المراد اعتبار زمان يسع لتحقق ماهية الاستمتاع ، ولاريب في أنّ الأحوط عدم الاكتفاء في جريان أحكام المصاهرة ونحوها بمثل هذا العقد ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿و﴾ على كلّ حال ف﴿لابد أن يكون معيناً محروساً من الزيادة والنقصان﴾ فلا يجوز أن يكون كلياً ، كشهر من الشهور و يوم من الأيام وسنة من السّنين ، ولا غير محروس من الزيادة والنقصان ، كقدوم الحاج و إدراك الثمرة و نحوهما مما يمكن فيه طول الزمان وقصره المؤدى الى الجهالة عند المتعاقدين بالاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى التصريح في النصوص (١) المعتبرة باعتبار المعلومية والتسمية ، بل قد يدعى اعتبار معلومية الأجل في كلّ مقام يذكر فيه فضلاً عن أن يكون شرطاً وإن كان في العقود التي لا تقدح فيها الجهالة كالصلح ونحوه ، كما لايخفى على من تتبّع كلماتهم في سائر المقامات ، وإلى خبر بكار بن

---

(١) الوسائل الباب -١٧-و١٨-و٢٠-و٢٥- من أبواب المتعة .

كردم (١) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « الرجل يلقى المرأة فيقول لها : زوجيني نفسك شهراً ولا يسمي الشهر بعينه ، ثمّ يمضي فيلقاها بعد سنين ، قال : فقال : له شهره إن كان سمّاه، وإن لم يكن سمّاه فلا سبيل له عليها» بل في مضمر زرارة (٢) أيضاً عدم جوازه بالساعة والساعتين لأنه لا يوقف على حدّهما أي العرفيّة ، لا النجومية المعلوم انضباطها بسبب حركة الفلك وإن كان لا يعلم بالآلة المعدة لذلك، لعدم انضباطها و احتمال جريان عارض اختلالها إلاّ مع التعدد و نحوه مما يفيد الطمأنينة في كثير من الأحيان ، لكن عدم تيسر ذلك في غالب الأوقات لا يقدح في جواز التأجيل بها متمسكاً بالاستصحاب حتّى يعلم تحققها أو بالاحتياط فيما إذا لم يعلم بانقضائها ، هذا .

﴿و﴾ قد عرفت مما ذكرنا أنه ﴿لو اقتصر على بعض يوم جاز بشرط أن يقرنه بغاية معلومة كالزوال والغروب﴾ أو بمقدار معين كالنصف والثلث ونحوهما، فيعملان حينئذ بما يعلمانه من ذلك مع اتفاقه ، وإلاّ رجعا فيه إلى أهل الخبرة به ، والظاهر اشتراط عدالة المخبر ، نعم في اشتراط العدد وجهان ، و إن اشتبه الحال لم يخف طريق الاحتياط و إن كان في تعيينه نظر من أصالة عدم انقضاء المدّة إلاّ أن يعلم نحو ما سمعته في الساعة النجومية ، ولا يشترط ذكر وقت الابتداء في نحو ذلك مما هو محمول على الاتصال بالعقد ، فهو حينئذ أوله كيفما اتفق ، و يغتفر الجهل بمقدار ما بقي من النهار أو الزوال أو الثلث أو النصف مثلاً ، كما يغتفر اعتبار زيادة الشهر و نقصانه حيث يجعلانه شهراً مثلاً بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك .

﴿و﴾ إنما الكلام في أنه ﴿يجوز أن يعيّن شهراً﴾ مثلاً ﴿متصلاً بالعقد أو متأخراً عنه﴾ بمدّة طويلة أو قصيرة أو لا يجوز إلاّ المتصل؟ صريح الفاضل وجماعة ممن تأخر عنه الجواز ، بل نسبه غير واحد إلى ظاهر الأكثر لاطلاق الأدلة و عمومها ،

---

(١) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب المتعة الحديث ٢ .

وخصوص خبر بكار (١) المنجبر بما سمعت ، والتشبيه بالاجارة التي يجب الخروج بها عن أصالة بقاء البضع على الحرمة ، و قاعدة الاحتياط فيالفروج التي لا يجب مراعاتها أولاً و عدم تماميتها فيالقول بالبطلان ثانياً ، و قاعدة توقيفية الوظائف الشرعية ، وقاعدة ترتب آثارالعقد بمجرد وقوعه الممنوعة هنا ، ضرورة أن أثرالعقد أن يجري أحكام المتعة فيالمدة المسماة متصلة أومنفصلة ، كمنع دعوى منافاة ذلك للتنجيز ، ضرورة عدم اشتراط العقد بذلك ، و إنما الاستمتاع مشروط باتيان الوقت المضروب ، كما يستأجر الرجل للحج من قابل ، بل ومنع لزوم جواز التمتع بها لغيره فيالبين ، لصدق كونها ذات بعل ، وإلا فلا دليل على بطلان اللازم ، فلا بأس حينئذ بالتزامه ، كما استظهره الكركي وغيره .

ولكن الانصاف مع ذلك وفيالنفس منأصل جواز ذلك شيء ، للشك فيتناول ما عثرنا عليه من نصوص المقام ، بل لعل ما تسمعه فيما يأتي من عدم جواز عقدالزوج عليها فضلاً عن غيره قبل انقضاء أجله بأجل آخر أومهر كذلك فيالنص (٢) والفتوى مؤيداً لذلك (٣) ضرورة أولويته بجواز المنفصل ، أللهم إلا أن يقال : إن المانع هناك الجمع بينالأجلين كما يومىء اليه تعليل الفساد في بعض نصوصه (٤) أنهما شرطان في شرط ، فلا حظ و تأمل ، لكن ستعرف هناك ما يدفع هذا الاحتمال .

و منه يعلم وجه تأييده لما قلناه من ظهور الاتصال منالأدلة له ، بل لعل

---

(١) الوسائل الباب -٣٥- من أبوابالمتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٢٣- من أبوابالمتعة الحديث ٦و٧و٨ والباب -٢٤- منها .

(٣) هكذا فيالنسخة الاصلية المبيضة والصحيح « مؤيد لذلك » كما هو كذلك فيالمسودة التى هى بخط المصنف طاب ثراه فانه خبر « لعل » فى قوله : « بل لعل ما تسمعه » .

(٤) الوسائل الباب -٢٤- من أبوابالمتعة الحديث ١ .

ماورد منها بلفظة « إلى أجل » نحو « فما استمتعتم به منهنّ إلى أجل » (١) وشبهه ظاهر في اعتبار اتصال الأجل وأنه المراد من النكاح المنقطع في مقابلة الدائم، بمعنى أن غيره يبقى على دوامه والمتعة يقطع فيها الدوام، ومع فرض ظهور الأدلة في ذلك لا وجه للتمسك بالاطلاقات والعمومات، والخبر المزبور فاقد شرط الحجية، ولعله لذا قيل بالبطلان للوجوه المزبورة.

بل يمكن دعوى عدم ظهور عبارات الأكثر في الجواز بناءً على انصراف ما ذكروه من اعتبار الأجل فيها إلى ما هو المنساق منه، أي المتصل به، بل لعلّ إغفال النصوص والفتاوى عدم تعيين المبدأ مبني على اعتبار الاتصال وإلاّ لذكروه، كما ذكروا تعيين الغاية، بل لعل الانسياق المزبور أشدّ من انسياق الاتصال فيما لو ذكر الأجل المطلق في متن العقد الّذي ستعرف كونه من المسلمات عندهم.

نعم قد يقال بالصحة بناءً على تحقق الزوجية بالعقد على وجه يحصل بها حرمة المصاهرة وغيره من استحقاق المهر بالموت وغيره، ويكون الأجل المتأخر حينئذ إنما هو لتأخير نفس الاستمتاع بناءً على صحة مثل هذا الشرط لعموم « المؤمنون » (٢) بل يمكن حمل خبر بكار (٣) عليه و لعل من منع من جواز تزويجها في البين ناظر إلى ذلك، فيكون موافقاً، بل يمكن تنزيل كلام الجميع على ذلك إلاّ من صرح بجواز تزويجها في البين، فانه حينئذ يكون صريحاً في تأخر وصف الزوجية بتأخر الأجل.

و فيه ماعرفت، بل لم نتحقق القائل به، قال في القواعد: « لوعقد على امرأة على مدّة متأخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما ولا له أن ينكح أختها و إن وفّت

---

(١) سورة النساء : ٤- الاية ٢٤ ولم يذكر في الاية الكريمة « الى أجل » و انما ذكر في بعض الروايات أنه من الاية الكريمة و في بعضها أنه من قراءة ابن عباس كما في الوسائل في الباب -١- من أبواب المتعة الحديث ١٣ و ٣ و ١٩ .

(٢) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٣) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب المتعة الحديث ١ .

المدّة بالأجل والعدّة » ونحوه المحكي عن ابن إدريس والمصنف في النكت ، و قال فيها أيضاً : « لومات أي الزوج فيما بينهما احتمل بطلان العقد رأساً ، فلا مهر لها ولا عدّة ولاميراث إن أوجبناه مطلقا أومع الشرط ، وعدمه فيثبت النقيض » .

و فيه أنّ المتجه بناءً على ما عرفت البطلان من حينه فيترتب عليه الأثر حينئذ حتّى المهر وإن قال في كشف اللثام : « إن في ترتبه نظراً ظاهراً » لكنه في غير محلّه، ضرورة كونها حينئذ زوجة ولكن مات زوجها قبل حصول شرط الاستمتاع ، فالاستمرار انقطع بالموت ، لا أنه انكشف من أوّل الأمر أنها ليست زوجة ، لما عرفت من بطلان ذلك ، و ربما تسمع لذلك مزيد تحقيق انشاءالله . و على كلّ حال فلاريب في أنّ الاحتياط عدم إيقاع مثل هذاالعقد و إجراء الأحكام عليه ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو أطلق﴾ بأن قالت : « زوجتك نفسي إلى شهر » مثلاً ﴿ اقتضى﴾ الاطلاق ﴿ الاتصال بالعقد﴾ لدلالة العرف وأصالة الصحة ، كما في الاجارة وغيرها، وظهور خبر بكار (١) في ذلك ، لأنّ الفرض وقوع المطالبة بشهره بعد مضي الشهر، إذ لولا الحكم بالاتصال لبقي الشهر في ذمتها ، أللّهم إلاّ أن يجعل نفي السبيل فيه كناية عن بطلان العقد ، لاستلزامه نفي السبيل أيضاً ، لكنه كما ترى ، فما عن ابن إدريس من البطلان للجهل بالأجل باعتبار احتماله الاتصال والانفصال واضح الضعف بعد ما عرفت من دلالة العرف على الاتصال ، نحو التأجيل بالخميس وربيع و نحوهما مما يحمل على الأقرب فيه أيضاً على الأقرب اليه منهما .

﴿و﴾ حينئذ ف﴿لو تركها حتّى انقضى قدرالأجل المسمّى﴾ الّذي حكمنا باتصاله حال إطلاقه ﴿ خرجت من عقده واستقر لها الأجر﴾ كغيرها مما صرّح فيها بالأجل المخصوص وتركها فيه ، نعم استقرار تمام الأجر مبني على ما ستعرفه من اعتبار هبةالمدّة قبل الدخول في التنصيف ، لا مطلق الفرقة قبله ولو بانقضاء الأجل مع تقصيره في الاستيفاء ، و على كلّ حال فليس له مطالبتها بعد انقضائه

(١) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب المتعة الحديث ١ .

بغيره، لما عرفت من قضاء العرف بتشخصه، بل قد عرفت في السابق بطلان العقد بالأجل الكلي أي الشهر من الشهور، والله العالم.

﴿ولو﴾ ترك التعيين بالأجل بل ﴿ قال ﴾ : اُواقعك ﴿ مرّة أومرّتين ﴾ مثلاً ﴿ ولم يجعل ذلك مقيداً بزمان ﴾ على وجه يكون أجلاً لعقد المتعة ويكون ذكر المرّة والمرّتين شرطاً فيه بمعنى عدم استحقاقه الزائد مطلقا أومع عدم إذنها ﴿ لم يصح ﴾ متعة لما عرفت من اعتبار الأجل فيها، والمشروط عدم عند عدم شرطه ﴿ و صار دائماً ﴾ بناءً على ما ذكرنا من التحقيق في فاقد الأجل، وتعيين المرّة والمرّتين هنا لا يقتضي ارادته المنقطع من لفظ الصيغة على وجه يكون الأجل كاشفاً كي يتجه البطلان هنا و إن قلنا بالصحة هناك، خصوصاً بعد جواز اشتراط المرّة والمرّتين في الدائم أيضاً كالمتعة فلا محيص حينئذ عن القول بالدوام هنا من القول به هناك، و يؤيده مضافاً إلى ما سمعت خبر هشام بن سالم (١) المتقدم سابقاً الوارد في خصوص الفرض.

﴿و﴾لكن ﴿ في ﴾ مقابل ما عرفته ﴿ رواية دالة على الجواز، وأنه لا ينظر اليها بعد إيقاع ما شرطه، و هي ﴾ خبر القاسم بن محمد (٢) عن رجل سماه قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوّج المرأة على عرد واحد فقال: لابأس ولكن إذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر اليها» وخبر خلف بن حماد (٣) قال: «أرسلت إلى أبي الحسن عليه السلام كم أدنى أجل المتعة؟ هل يجوز أن يتمتع الرّجل بشرط مرّة واحدة؟ قال: نعم» وخبر زرارة (٣) قلت له: «هل يجوز أن يتمتع الرجل من المرأة ساعة أوساعتين؟ فقال: الساعة والساعتان لا يوقف على حدّهما، ولكن العرد والعردين، واليوم واليومين، والليلة واشباه ذلك» إلاّ أنها ﴿ مطرحة لضعفها ﴾ وعدم معرفة القائل بها سوى مايحكى عن الشيخ في التهذيبين من حمل هذه الأخبار

---

(١) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المتعة الحديث ٣.

(٢) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب المتعة الحديث ٣.

(٣و٤) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب المتعة الحديث ٥-٢.

على الرخصة وأنّ الأحوط والأولى اضافة المرّة ونحوها إلى أجل معيّن .

قلت : بل يمكن حمل خبر خلف فيها عليه وغيره وإن بعد سيما خبر القاسم إلاّ أنه لابأس به بعد قوّة المعارض من النصّ والاجماع بقسميه على اعتبار الأجل، نعم أبطله جماعة هنا دائماً و متعةً على حسب ما عرفته سابقاً في ترك الأجل ، بل ظاهر بعضهم وصريح آخر أولوية ما هنا من البطلان هناك .

﴿و﴾ فيه ما سمعت مما علم منه أنه ﴿لوعقد على هذا الوجه انعقد دائماً﴾ ، ﴿و﴾ أنه ﴿ لوقرن ذلك بمدّة صحّ متعةً ﴾ بلا إشكال ولاخلاف ، نعم لواشترط ذلك في وقت معين بحيث يكون ظرفاً له كاليوم مثلاً بمعنى أنه لا يقع خارجه شيء وأنه متى انتهى العدد المشروط فيه بانت منه كما أنها تبين بانقضائه و إن لم يفعل اتجه البطلان حينئذ ، لجهالة الأجل على وجه يحتمل الزيادة والنقصان ، لكون الفرض تقييده بانقضاء العدد ، خلافاً للمحكي عن الشيخ في النهاية من الصحة ، مع أنا لم نتحققه ، لأنّ الموجود فيها ما لفظه بعد أن ذكر اعتبار الأجل فيها قال : « وأما الأجل فما تراضيا عليه من شهر أوسنة أويوم ، وقد روى (١) أنه يجوز أن يذكر المرّة والمرّتين ، والأحوط ما قدمناه من أنه يذكر يوماً معلوماً أوشهراً معيناً ، فان ذكر المرّة والمرّتين جاز ذلك إذا أسنده إلى يوم معلوم ، فان ذكر المرّة مبهمة ولم يقرنها بالوقت كان العقد دائماً » الى آخره ، ولاريب في إرادته من الاسناد إلى يوم معلوم بقرينة اعتبار الأجل ضرب الأجل للمتعة أواشتراطها فيه ، لأنّ المراد الأعم من ذلك ، و من جعلهما أجلاً واليوم ظرفاً كما فهمه منه الفاضل في المختلف ، حيث إنه بعد أن حكى عنه ما سمعت قال : « والحقّ البطلان في الجميع معللاً له بالجهالة ــ ثمّ قال ــ : ويجيء على قول الشيخ بانعقاد المشروط فيه المرّة المبهمة دائماً صحته هنا كذلك ، لأنّ الأجل المجهول باطل ، فيساوى غير المذكور » و فيه أنّ الفرق بينهما واضح ، ضرورة بطلان العقد بذكر الأجل المجهول فيه الّذى هوالشرط الباطل بخلاف ما إذا لم يذكر الأجل فيه أصلاً ،

---

(١) الوسائل الباب ــ٢٥ــ من أبواب المتعة الحديث ــ١ــ .

فانه لا بطلان للعقد فيه بذلك ، فيتم حينئذ قصد النكاحية للعاقد التي هي مقتضى الدوام كما عرفته مفصلاً والله العالم .

﴿ واما أحكامه فثمانية الاول : ﴾

﴿ إذا ذكر المهر والأجل صح العقد ﴾ من هذه الحيثية بلا خلاف ولا اشكال، كما أنه لا خلاف ﴿ و ﴾ لا اشكال في أنه ﴿ لو أخل بالمهر مع ذكر الأجل بطل العقد ﴾ لما عرفته من كون ذكر المهر شرطاً في صحة هذا العقد ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ﴿ ولو أخل بالأجل حسب ﴾ فلم يذكره ﴿ بطل متعة ﴾ أيضاً لذلك ﴿ و ﴾ لكن هل ﴿ انعقد دائماً ﴾ أولا ؟ و فيه البحث السابق .

﴿ الثاني ﴾

﴿ كل شرط يشترط فيه ﴾ مما هو سائغ سواء كان شرطاً للموجب أو القابل ﴿ فلابد ﴾ في لزوم الوفاء به من ﴿ أن يقترن بالايجاب والقبول ﴾ كغيره من العقود ليكون من جملة العقد المأمور بالوفاء به ﴿ ولا حكم لما يذكر قبل العقد ﴾ خاصة إجماعاً في الرياض ﴿ ما لم يستعد فيه ﴾ أي العقد على وجه يكون من جملته ، للموثق (١) عن الصادق عليه السلام «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح ، وما كان بعد النكاح فهو جائز» ونحوه الآخر عن محمد بن مسلم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «في الرجل يتزوج المرأة متعة إنهما يتوارثان ما لم يشترطا ، و إنما الشرط بعد النكاح» و موثق ابن بكير (٣) قال أبو عبدالله عليه السلام : «إذا اشترطت على المرأة بشروط المتعة فرضيت به وأوجبت التزويج ، فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح ، فان أجازته فقد جاز، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح»

(١و٢و٣) الوسائل الباب -١٩- من أبواب المتعة الحديث ٢-٣-١ .

الى غير ذلك من النصوص الدالة على عدم اعتبار ما كان قبل النكاح من الشرط ، بل ربما ظهر من بعضهم ذلك و إن كان مضمراً لهما ، فيكون هذا الحكم حينئذ خاصاً في المقام بناءً على اعتبار الشروط المضمرة في غيره ، كما عن المحكي عن آخر مساواة المقام لغيره في اعتبار المضمر بناءً على القول به ، فتحمل النصوص المزبورة حينئذ على ما كان من الشروط سابقاً ولم يكن مضمراً حال العقد على وجه يكون مبنياً عليه ، و لعل هذا أولى لاستبعاد اختصاص المقام عن غيره بذلك ، و عدم وفاء النصوص به ، ضرورة عدم صدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده في أثنائه مدلولاً عليه بالقرائن الحالية .

و على كل حال فلا عبرة بالشرط السابق من حيث سبقه ، لعدم المقتضي للزومه ، ضرورة كون المراد من قوله ﷺ (١) : «المؤمنون عند شروطهم» ما يشترطونه في العقد اللازم مثلاً الّذى قد أمرنا بالوفاء به (٢) إذ الشرطية لا يتحقق معناها مع الاستقلال ، لظهور إرادة الفرعية منها ، و مع تسليم اقتضاء ذلك اللزوم فلابد من تخصيصه بالنصوص المزبورة .

نعم قد يقال إنها منافية لما ذكره المصنف ﴿و﴾ غيره ، بل المشهور على أنه ﴿لا﴾ حكم أيضاً ﴿لما يذكر بعده﴾ أي العقد من الشروط خاصة ، بل في الرياض لم يقل أحد بذلك حتّى الشيخ في النهاية ، لاعتباره فيها ذكر الشروط في العقد ألبتة ، و إنما أوجب ذكرها بعد العقد ثانية ، ولم يكتف بذكرها فيه خاصة ، نعم حكى عنه في التهذيب الاكتفاء بذلك ، إلاّ أنه كما ترى قول شاذ ، ويمكن إرادته المتصلة بالعقد على وجه يكون من متعلقات القبول ، فانه لا إشكال حينئذ في لزومه ، بل يمكن حمل النصوص المزبورة عليه أيضاً أو على ما ذكره غير واحد من الأصحاب من إرادة الايجاب والقبول من النكاح فيها ، كما أومأ اليه موثق ابن بكير (٣)

---

(١) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الاية ١ .

(٣) الوسائل الباب -١٩- من أبواب المتعة الحديث ١ .

السابق ، و أوضح منه ما عن فقه الرضا عليه السلام من أنه (١) بعد أن ذكر سؤالها وخلوّها عن الزوج والعدّة قال: « وإذا كانت خالية من ذلك قال لها تمتعيني نفسك على كتاب الله - الى أن قال - : فاذا أنعمت ، قلت لها : متعيني نفسك ويعتد جميع الشروط عليها ، لأنّ العقد الأوّل خطبة وكلّ شرط قبل النكاح فاسد ، و إنما ينعقد الأمر بالقول الثاني ، فاذا قالت في الثاني : نعم دفع اليها المهر أو ماحضر منه، وكان ما بقي ديناً عليك ، وقد حلّ لك وطؤها» قيل ونحوه المروي في البحار من خبر المفضل (٢) أوعلى إرادة خصوص زيادة الأجل بزيادة المهر بعد العقد كما عساه يومىء اليه خبر محمد (٣) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن قول الله تعالى (٤) ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ، قال : ما كان بعد النكاح فهو جائز ، وما كان قبل النكاح فلايجوز إلاّ برضاها وبشيء يعطيها فترضى به » أي بعد النكاح ، وكذا قوله عليه السلام : « إلاّ برضاها » أي بعد النكاح .

﴿و﴾ على كلّ حال ف﴿لا يشترط﴾ في وجوب الوفاء به ﴿مع ذكره في العقد إعادته بعده﴾ وفاقاً للمشهور لعموم « المؤمنون » (٥) و غيره ﴿و﴾لكن ﴿من الأصحاب﴾ وهوالشيخ في النهاية على ما قيل ﴿من شرط﴾ ذلك ب﴿اعادته بعد العقد﴾ للنصوص المزبورة ﴿وهو بعيد﴾ لما عرفته من عدم دلالتها على ذلك، أي اعتبار التكرار المزبور ، كما هو واضح . نعم قد يقال : إن عبارة النهاية ليست كما حكي عنها ، قال فيها : «كلّ شرط يشترطه الرجل على امرأة إنما يكون له تأثير بعد ذكر العقد ، فان ذكر عند الشروط و ذكر بعدها العقد كانت التي قدّم ذكرها باطلة لا تأثير لها ، فان كرّرها بعد العقد ثبتت على ما شرط» ضرورة

---

(١) المستدرك الباب -١٢- من أبواب المتعة الحديث ٢ .

(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٤ ط الحديث .

(٣) الوسائل الباب -١٩- من أبواب المتعة الحديث ٣ .

(٤) سورة النساء : ٤- الاية ٢٤ .

(٥) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ .

عدم تعرضه للمذكور في أثناء العقد ، بل هو إما مكتف بذكر الشروط بعدالعقد كما هو ظاهرالنصوص المزبورة و حكي عنالتهذيب أومعتبر للتكرير بذكرالشرط قبل العقد وبعده ، وكيف كان فهو مناف لقواعد المذهب وفتاوى الأصحاب .

﴿الثالث﴾

﴿ للبالغة الرشيدة أن تمتّع نفسها ، وليس لوليها اعتراض بكراً كانت أوثيباً علىالأشهر ﴾ الأظهر الّذى قد عرفت تمام البحث فيه سابقاً .

﴿الرابع﴾

﴿ يجوز ﴾ لها و له ﴿أن يشترط عليهـا ﴾ و عليه ﴿ الاتيان ليلاً أونهاراً و أن يشترط المرّة والمرّات فيالزمان المعين ﴾ و غير ذلك منالشرائط السائغة الّتي هى غير منافية لمقتضى العقد ، نعم هي منافية لمقتضى إطلاقه كما في كلّ شرط سائغ ، وقد سأل عمار بن مروان (١) الصادق عليه السلام « عن امرأة تزوّجت نفسها من رجل على أن يلتمس منها ماشاء إلاّ الدخول فقال : لا بأس ليس له إلاّ ما اشترط » وهو كغيره صريح فيما ذكرناه من عدم منافاة ذلك و نحوه مقتضى العقد .

نعم لو أسقط حقه من له الشرط فالظاهر السقوط كما أومأ إليه خبر اسحاق بن عمار (٢) قال للصادق عليه السلام : « رجل تزوّج بجارية على أن لا يفتضها ثمّ أذنت له بعد ذلك فقال : إذا أذنت له فلا بأس » فما عن بعضهم ـ من عدمالجواز، للزوم الشرط ، و لأن العقد إنما سوّغ ماعداه ـ لايخفى ما فيه بل الظاهر لحوق الولد به مع عدمالوفاء بالشرط وإن اثم وقلنا بترتّب مهرعليه للوطء المشروط عليه عدمه ، لكن ذلك لايخرج الزوجة عن كونها زوجة له .

و لو لم يشترط هو ولا اشترطت هي عليه فله ماشاء في الأجل ، و ليس لها

(١) الوسائل الباب -٣٦- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -١١- منأبوابالمتعة الحديث ٣.

الامتناع عنه في أي وقت شاء إذا لم يكن لها مانع شرعي ، نعم الظاهر أنه لا سلطنة له عليها مدة عدم استمتاعه بنهى عن الخروج عن دار أو بلد أو نحو ذلك كما في الدائم ، والله العالم .

﴿ الخامس ﴾

﴿ يجوز العزل للمتمتّع ﴾ إجماعاً بقسميه على ذلك ﴿و﴾ على أنه ﴿ لا يقف على إذنها﴾ نعم الأولى له الاشتراط عليها ، لتضمن الأخبار(١) له ﴿و﴾ لكن ﴿يلحق الولد به لو حملت و إن عزل ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ﴿ لاحتمال سبق المني من غير تنبه ﴾ و الولد للفراش (٢) و للنصوص (٣) و كذا في كل وطء صحيح أو شبهة .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو نفاه عن نفسه ﴾ وإن لم يعزل فضلاً عما إذا عزل ﴿انتفى ظاهراً ﴾ إلاّ فيما بينه وبين ربّه المطلّع على ما في قلبه ﴿ ولم يفتقر إلى اللعان﴾ بلا خلاف بل الاجماع أيضاً بقسميه عليه ، مضافاً إلى النصوص (٤) نعم لا يجوز له النفي إلاّ مع العلم بالانتفاء و إن عزل أو اتّهمها أو ظن الانتفاء بالقرائن ، فما في الحدائق من احتمال اللحوق حتّى مع النفي لا طلاق النصوص (٥) في غير محله قطعاً، ضرورة معلومية كونها أنقص فراشاً من الدائمة الّتي ينتفي الولد عنه بنفيه مع اللعان، فهي بطريق أولى ، لأنه لمّا أطلق في النص (٦) الآتي عدم لعانها علم حينئذ

---

(١) الوسائل الباب ـ١٨ـ من أبواب المتعة الحديث ٥ و٦ والباب ٣٣ منها ـ الحديث ٢ و٣ والباب ـ٤٥ـ منها الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ـ٥٨ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٣ و٥) الوسائل الباب ـ٣٣ـ من أبواب المتعة .

(٤ و٦) الوسائل الباب ـ١٠ـ من كتاب اللعان .

انتفاء الولد بدونه كما هو واضح ، نعم الظاهر أن نفيه يقتضي الانتفاء إذا لم يعلم إثمه فيه بصدوره منه مع الاحتمال ، وإلا كان نفيه لغواً ، لا أنه يأثم وينتفي الولد عنه ، كما قد يتوهم ، لاطلاق مادل (١) على لحوقه به المقتصر في تقييده على المتيقن ، و هو النفي الذي لم يعلم حاله ، والله العالم .

﴿ السادس ﴾

لاخلاف نصاً (٢) وفتوى في أنه ﴿ لايقع بها طلاق و ﴾ أنها ﴿ تبين بانقضاء المدة ﴾ أو هبتها على وجه ليس له الرجوع في العدة ، وليس ذلك طلاقاً قطعاً و إن أطلق عليه في بعض النصوص(٣) المعلوم إرادة حكم الطلاق في خصوص البينونة ، و من الغريب توقف بعض المتفقهة من الأعاجم في أن له حكم الطلاق أيضاً بالنظر إلى عدم جواز وقوع الهبة من ولي الطفل ، وهو كما ترى .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ﴿لا يقع بها إيلاء ﴾ على المشهور ، لمخالفة أحكامه للأصل ، فيقتصر فيها على موضع اليقين ، و ليس هو إلا الدائمة ، فان الآية (٤) بقرينة قوله تعالى فيها : و« إن عزموا الطلاق » ظاهرة في تخصيص المولى عليها بالقابلة للطلاق ، فلا تدخل المتمتع بها نحو ماورد (٥) في اعتبار الدوام في التحليل بأن قوله تعالى (٦) فيها : « فان طلقها » إلى آخرها ظاهر في القابلة للطلاق و هي

(١) الوسائل الباب ـ ٣٣ ـ من أبواب المتعة .

(٢) الوسائل الباب ـ ٤٣ ـ من أبواب المتعة .

(٣) الوسائل الباب ـ١٨ـ من أبواب المتعة الحديث ٣ و الباب ـ ٢٠ ـ منها الحديث ٣ .

(٤ و ٦) سورة البقرة : ٢ ـ الاية ٢٢٦ ـ ٢٣٠ .

(٥) الوسائل الباب ـ٩ـ من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

الدائمة ، ولأن من لوازم الايلاء المطالبة بالوطء ، وهو هنا منتف ، لعدم استحقاقها إياه ولو زاد على الأربعة أشهر ، نعم لا إشكال في جريان أحكام اليمين على ذلك لاطلاق أدلته ، انما المراد نفي أحكام الايلاء . فما عن المرتضى ـ من وقوعه بها مع أنا لم نتحققه ، بل المحكى من كلامه في الانتصار صريح في خلافه للآية(١) بعد معلومية كونها من النساء وعدم اقتضاء قوله تعالى: « وإن عزموا الطلاق » التخصيص ـ واضح الضعف ، لما عرفت .

﴿ ولا ﴾ يقع بها ﴿ لعان على الأظهر ﴾ الأشهر ، بل المشهور ، بل حكى غير واحد الاتفاق عليه لنفي الولد ، وان كان فيه أنه مناف للمحكى عن صريح الجامع من وقوعه ، نعم يرده صحيح ابن أبي يعفور (٢) عن الصادق عليه السلام « لا يلاعن الرجل امرأته التي يتمتع بها » وصحيح ابن سنان (٣) عنه عليه السلام أيضاً « لا يلاعن الحر الأمة ولا الذمية ولا التي يتمتع بها » كما أنهما يردان المفيد والسيد فيما حكى عنهما من وقوعه للقذف ، ضرورة إطلاقهما ، و مع فرض كون التعارض بينهما وبين مادل عليه من وجه فلا ريب في أن الترجيح لهما بالشهرة العظيمة ومخالفة أحكام اللعان للأصل .

﴿ وفي الظهار تردد ﴾ من صدق الزوجية ، فتندرج في إطلاق الأدلة وعمومها ، ومن كون أحكامه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين، ولأن من لوازمه الالزام بالفيئة أو الطلاق وليس هنا إذ لاحق لها في الوطء ، مع أنه لايقع بها طلاق و قيام هبة المدة مقامه لا دليل عليه ﴿ أظهره ﴾ عند المصنف ﴿ أنه يقع ﴾ بها وفاقاً للمحكي عن الأكثر ، و منهم ابن إدريس في بعض فتاواه ، وخلافاً له أيضاً وابن أبي عقيل والجنيد ، لانقطاع الأصل باطلاق الأدلة وعمومها ، والالزام بأحد الأمرين لايوجب التخصيص، إذ من الجائز اختصاصه بمن يمكن معه أحد الأمرين، وهو الدائمة وكذا المرافعة دون غيرها ، فيبقى أثره فيها باقياً وهو اعتزالها ، لكن

---

(١) سورة البقرة : ٢ـ الاية ٢٢٦ .

(٢و٣) الوسائل الباب ـ١٠ـ من كتاب اللعان الحديث ١ـ ٢ .

فيه أنه مناف لمرسل ابن فضال (١) عن الصادق عليه السلام «لا يكون الظهار إلاّ على مثل موضع الطلاق» و احتمال أنها من المثل كما ترى ، بل عدم وقوع اللعان والايلاء عليها مما يومىء أيضاً إلى عدم وقوعه فيها ، كايماء ماذكر من أحكامه إلى ذلك كما لايخفى على من تأمل .

﴿السابع﴾

﴿ لا يثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين شرطا سقوطه أو أطلقا ﴾ وفاقاً للأكثر، بل المشهور بل عن الغنية نفي الخلاف عنه ولعله كذلك إلاّ من القاضي ، فجعله كالدوام ، لصدق الزوجة التي لايصح اشتراط سقوط إرثها كغيرها من الورثة، ومن ابن أبي عقيل والمرتضى ، وكذلك ما لم يشترط السقوط ، جمعاً بين ذلك وبين مادل على لزوم الشرط من قوله صلى الله عليه وآله: (٢) «المؤمنون» وغيره ، وخصوص موثق ابن مسلم (٣) في الرجل يتزوج المرأة متعة إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا ، وانما الشرط بعد النكاح » لكنهما معاً كما ترى ، ضرورة إرادة غير المستمتع بها من الزوجة بالنصوص (٤) المعتبرة التي يمكن دعوى تواترها .

(منها) خبر أبان بن تغلب (٥) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « كيف أقول لها

---

(١) الوسائل الباب -٢٠- من كتاب الظهار الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٣) الوسائل الباب -١٩- من أبواب المتعة الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب مقدمات النكاح و الباب -٤- من أبواب المتعة الحديث ٤ و٥ والباب -١٨- و٢٣ منها الحديث ٥ والباب -٣٢- منها الحديث ٣ و٦ و٧ و٨ و١٠ والباب -١٧- من أبواب ميراث الازواج من كتاب المواريث .

(٥) الوسائل الباب -١٨- من أبواب المتعة الحديث ١ و ذكر ذيله في الباب -٢٠- منها الحديث ٢ .

إذا خلوت بها ؟ قال : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ لا وارثة ولا موروثة كذا و كذا يوماً ، و إن شئت كذا و كذا سنة ، بكذا و كذا درهماً ، و تسمّي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً فاذا قالت : نعم فقد رضيت ، فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها ، قلت ، فانى أستحيي أن أذكر شرط الأيام ، قال : هو أضرّ عليك ، قلت : و كيف ذاك ؟ قال : إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام ، ولزمتك النفقة ، وكانت وارثة ، لم تقدر على أن تطلقها إلاّ طلاق السنة» ضرورة كون المراد من ذلك بيان أن المتعة حكمها ذلك كي لا تكون الامرأة مخدوعة ، خصوصاً بعد أن صرّح فيه بالفرق بين من ترك الأجل فيها ومن ذكر ، بصيرورة الأولى دائمةّ وارثةّ بخلاف الثانية ، فانه كالصريح في أن ذلك حدّ المتعة و منه يعلم وجه الدلالة في هذا القسم من النصوص ، كخبر أبي بصير (١) و خبر ثعلبة (٢) وخبر مؤمن الطاق (٣) و خبر هشام بن سالم (٤) .

و (منها) خبر عبدالله بن عمر (٥) « سألت أباعبدالله عليه السلام : عن المتعة ، فقال : حلال لك من الله ورسوله ، قلت : فما حدّها ؟ قال : من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك » إلى آخره .

و (منها) صحيح سعيد بن يسار (٦) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث ، قال : ليس بينهما ميراث ، اشترطا أولم يشترطا » ونحوه المرسل في الكافي (٧) .

و (منها) مرسل ابن أبي عمير (٨) عن أبي عبدالله عليه السلام « لا بأس بالرجل يتمتع بالمرأة على حكمه ، ولكن لا بدله من أن يعطيها شيئاً ، لأنه إن حدث به حدث لم يكن لها ميراث » .

(١و٢و٣و٤) الوسائل الباب -١٨- من أبواب المتعة الحديث ٣ -٢ -٥ - ٣.

(٥و٦و٧) الوسائل الباب -٣٢- من أبواب المتعة الحديث ٨ -٧ -٣ .

(٨) الوسائل الباب -٤٠- من أبواب المتعة الحديث ١ .

و(منها) صحيح عمر بن حنظلة (١) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن شروط المتعة، فقال : يشارطها على ما شاء من العطية و يشترط الولد إن أراد ، و ليس بينهما ميراث » .

و (منها) خبر زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام في حديث « ولا ميراث بينهما إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل » .

و (منها) ما دل على (٣) أن المتمتع بها ليست كالحرة ، هي مستأجرة كالأمة ، خصوصاً خبر محمد (٤) منها عن أبي جعفر عليه السلام « في المتعة ، قال : ليست من الأربع ، لأنها لا تطلق ولاترث ولا تورث و إنما هي مستأجرة » الظاهر أو الصريح في اختصاص الارث بالأربع من الزوجات بخلاف المتعة التي هي مستأجرة و بمنزلة الأمة ، بل لا يخفى على من تأمل ما ورد في المتعة وخصوصاً نصوص النهي عنها لمن يتمكن من التعفف بالتزويج (٥) أنها ليست زوجة توارث ، و إنما هي استمتاع وانتفاع ، كما عساه يومىء إليه مقابلة ذلك بالتزويج ، بل يعرف ذلك منّا العامة فضلاً عن الخاصة ، فان أباحنيفة قال لمؤمن الطاق في مباحثته له : « آية الميراث تنطق بنسخ المتعة ، فقال له مؤمن الطاق : قد ثبت النكاح بغير ميراث ، فقال أبوحنيفة من أين قلت ذاك ؟ فقال : لو أن رجلاً من المسلمين تزوج بامرأة من أهل الكتاب ثمّ توفى عنها ما تقول فيه ؟ قال : لا ترث منه ، فقال : قد ثبت النكاح بغير ميراث » .

---

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب -٣٣- من أبواب المتعة الحديث ٢ وذيله في الباب -٣٢- منها الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب -٣٢- من أبواب المتعة الحديث ١٠.

(٣) الوسائل الباب -٢٦- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب -٤- من أبواب المتعة الحديث ٤ و ليس فيه « ولا تورث » وهي مذكورة في الاستبصار ج ٣ ص ١٤٧ الرقم ٥٣٩.

(٥) الوسائل الباب -٥- من أبواب المتعة .

و من ذلك كلّه يعلم ما في كلام القاضي بل و ما في كلام المرتضى ، ضرورة اقتضاء العموم المزبور جوازاشتراط عدمالتوارث في الدائم أيضاً ، وهو معلوم البطلان والموثقالمزبور بعدالغض عما فيه من حصر الشرط فيما بعد النكاح الّذي قدعرفت البحث محمول على إرادة اشتراط الأجل ، أي يتوارثان ما لم يشترطا الأجل ، فيكون متعة لاتوارث بينهما ، أو مطرح لقصوره عن معارضة ماسمعت من وجوه ، هذا كلّه فيما إذا لم يشترطا أواشترطا السقوط الّذي قد بان عندكأنه مؤكّد عندنا لا مؤسّس .

﴿و﴾ أما ﴿ لوشرطا التوارث أو شرط أحدهما قيل ﴾ و القائل به جماعة من الأصحاب ﴿يلزم عملاً بالشرط ، وقيل﴾ والقائل جماعةأيضاً ، بل هوالمحكى عن أكثر المتأخرين ، بل عن الفاضل أنه المشهور ﴿ لايلزم لأنه ﴾ أي الارث ﴿لايثبت إلاّ شرعاً ، فيكون اشتراطاً لغير وارث ، كما لو شرط لأجنبي ﴾ ومن المعلوم بطلانه ، ضرورة كون الشرط ملزماً لما هو مشروع لا أنه شارع ﴿و﴾لكن مع ذلك ﴿الأول أشهر﴾ بل في الرياض كاد يكون مشهوراً ، لصحيح محمّد بن مسلم(١) عن الصّادق عليه‌السلام في حديث « و إن اشترط الميراث فهما على شرطهما » و صحيح البزنطي (٢) عن أبي‌الحسن الرضا عليه‌السلام قال : « تزويج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث ، إن اشترطت الميراث كان ، و إن لم تشترط لم يكن » قيل و نحوه الصحيح الآخر المروى عن قرب الاسناد للحميرى (٣) و الظاهر أنه وهم ، فان الحميرى إنما رواه عن البزنطي أيضاً بهذا اللفظ علىماحكى عنه .

وعلى كل حال فهذان الخبران لمكان اعتبار سنديهما قد اغترّ بهما جماعة من المتأخرين منهمالشهيدان، حتّى قال ثانيهما : « إنه بهمايجاب عن أدلةالفريقين ، لدلالتهما على كون اشتراط الميراث سائغاً لازماً ، فيثبت به ، وعلى أن أصل

(١ و٢) الوسائل الباب -٣٢- منأبوابالمتعة الحديث ٥- ١ .

(٣) أشار اليه فى الوسائل فى الباب - ٣٢ - من أبواب المتعة الحديث ١ و ذكره فى البحار ج ١٠٣ ص ٣١٣ ط الحديث .

الزوجية لايقتضيه ، فتكون الآية (١) مخصوصة بهما ، كما خصصت في الزوجة الذمية برواية (٢) «إن الكافر لايرث المسلم» ويظهر أن سببيه الارث مع اشتراطها تصير ثابتة بوضع الشارع و إن كانت متوقفة على أمر من قبل الوارث كما لو أسلم الكافر، و كذا يظهر جواب ماقيل : إنه لامقتضي للتوارث هنا إلا الزوجية ، ولا يقتضي ميراث الزوجة إلا الآية ، فان اندرجت هذه في الزوجة في الآية ورثت و إن لم يشترط ثبوته ، و بطل شرط نفيه ، و إن لم يندرج في الزوجة في الآية لم يثبت الشرط ، لأنه شرط توريث من ليس بوارث ، وهو باطل ، و وجه الجواب عنه بعد تسليم اندراجها في الآية أنها بدون الشرط مخصوصة بالروايتين المعتبري الاسناد ، وبالشرط داخلة في العموم ، لعدم المقتضي للتخصيص » .

و فيه أن ذلك غريب في النظائر ، بل في كشف اللثام عديم النظير ، بل يبعد رجحانهما على صحيح بن يسار (٣) المؤيد بالمرسل في الكافي (٤) و بظاهر ماسمعته من النصوص المزبورة (٥) الظاهرة والمصرحة بعدم اقتضاء عقد المتعة الارث وإنما هو كالاجارة بالنسبة إلى ذلك ، بل ربما ظهر من خبر هشام بن سالم (٦) منها اقتضاؤه عدم الارث وأن ذلك من حدودها نحو حد الاعتداد بماتسمعه ، فشرط إرثها حينئذ مع كونه من شرط إرث غير الوارث المعلوم بطلانه سبب (٧) مخالفته للكتاب والسنة مناف لمااقتضاه عقد المتعة أيضاً ، ودعوى كون الإرث بالزوجية حال الشرط لابه كما ترى ، خصوصاً بعد القطع من الأدلة السابقة أن زوجيتها الحاصلة منها ليست سبب إرث ، بل سبب منع منه .

وحمل خبر ابن يسار على اشتراط سقوط الارث ليس بأولى من حمل الخبرين

---

(١) سورة النساء : ٤- الآية ١٢ .

(٢) الوسائل الباب -١- من أبواب موانع الارث الحديث ٣ من كتاب المواريث .

(٣و٤و٥) الوسائل الباب -٣٢- من أبواب المتعة الحديث ٧-٤-٠-٠

(٦) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المتعة الحديث ٣ .

(٧) هكذا في النسختين الاصليتين المبيضة و المسودة و الصحيح « بسبب » .

على إرادة الوصية من الإرث فيهما ، بل هذا أولى لما عرفت ، ولأنه مقتضى إفادة الشرط الارث أن يكون ذلك على حسب ما يقع منه ، ولذا لو اختص الشرط بأحدهما كان الإرث له خاصة ، هي بمكان الشرط مع غلبة التوارث من الجانبين ، وحينئذ فيتجه صحة اشتراط إرثهما لا على حسب إرث الزوجة و الزوج ، و هو من المستغربات .

و أغرب منه التزام صحة شرطية إرث الزوجة و الزوج على حسب حالهما من وجود الولد وعدمه بالنسبة إلى النصف والثمن والربع ، وإرث العقار وعدمه ، من غير فرق بين مقارنة مقتضيات ذلك وتجدده ، بمعنى أن الشرط يصيرها كذلك ولاينبغي لمن رزقه الله معرفة مذاق الشرع أن يحتمل ذلك ، فضلاً عن أن يكون فتوى ، و خصوصاً بعد معلومية (١) عقد المتعة بالموت ، و أنه بمنزلة الهبة ، بخلاف عقد الدوام ، فلا زوجية حينئذ بينهما كي يقتضي التوارث ، بل يكون بالموت كمن وهبت المدة ، بل لعل ذلك هو السبب في عدم اقتضاء المتعة الارث ، ضرورة كونها حينئذ كموت العين المستأجرة الّذي من المعلوم بطلان الاجارة بها ، ويتفرع عليه عدم جواز تغسيلها و النظر إليها و عدم أولويته بها ، فمن الغريب بعد ذلك جرأة من عرفت علي الفتوى بذلك ، فالتحقيق عدم إرثها مطلقاً بل لو اشترطا ذلك في العقد على غير جهة الوصية بطل العقد بناء على اقتضاء بطلان الشرط بطلانه ، والله هو العالم .

---

(١) هكذا في النسخة الاصلية .

﴿ الثامن ﴾

﴿ إذا انقضى أجلها بعد الدخول ﴾ أو وهبت الأجل حرة كانت أو أمة بلا خلاف في التسوية بينهما ﴿ فعدّتها حيضتان ﴾ وفاقاً للشيخ ومن بعده ، كما في كشف اللثام . ﴿ و روى(١) حيضة ﴾ وعمل به ابن أبي‌عقيل على‌ماقيل ، بل عن‌ابن أذينة أنه مذهب زرارة أيضاً ﴿ وهو متروك ﴾ بين الأصحاب ، فلا يعارض الأول الّذي يدل عليه الصحيح أو الحسن عن إسماعيل بن الفضل (٢) « سألت أباعبدالله عليه‌السلام عن المتعة ، فقال: ألق عبدالملك بن جريح فاسأله عنها، فان عنده منها علماً، فأتيته فأملى عليّ شيئاً كثيراً في استحلالها ، وكان فيما روى ابن جريح قال : ليس فيها وقت ولا عدد ـ إلى أن قال : ـ و عدتها حيضتان ، فان كانت لاتحيض فخمسة وأربعون يوماً ، فأتيت بالكتاب أباعبدالله عليه‌السلام ، فعرضته عليه فقال : صدق وأقرّ به» وخبر أبي بصير(٣) المروى عن تفسير العياشي وعن كتاب الحسين بن‌سعيد على ماعن البحار عن أبي‌جعفر عليه‌السلام «في المتعة ـ إلى أن قال ـ : ولاتحل لغيرك حتّى تنقضي عدتها، وعدتها حيضتان » وما في المسالك والروضة من خبر محمّد بن الفضل (٤) عن أبي‌الحسن الماضي عليه السلام « طلاق الأمة تطليقتان ، و عدتها حيضتان » منضماً إلى ما رواه زرارة (٥) في الصحيح عن الباقر عليه‌السلام « إن على المتمتعة ما على الأمة » فان المجتمع من الروايتين أن عدة المتعة حيضتان ، و إن كان قد يناقش فيه ـ بعد الغض عن

---

(١) الوسائل الباب ـ٢٢ـ من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ـ٤ـ من أبواب المتعة الحديث ٨ .

(٣) الوسائل الباب ـ٢٣ـ من أبواب المتعة الحديث ٦ والبحار ج ١٠٣ ص ٣١٥ ط الحديث .

(٤) الوسائل الباب ـ ٤٠ ـ من أبواب العدد الحديث ٥ عن محمد بن الفضيل .

(٥) الوسائل الباب ـ٥٢ـ من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق .

اختلاف روايات الأمة كما ستعرفه في محله - بأن صحيح زرارة لا دلالة فيه على ذلك بقرينة صدره ، قال فيه : « وعدة المطلقة ثلاثة أشهر ، و الأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرة ، وكذلك المتمتع عليها مثل ما على الأمة » إذ هو ظاهر في إرادة المماثلة بالأشهر ، نعم قد ورد تشبيه المتمتع بها بالأمة في غير المقام ، فيمكن باطلاق التشبيه تتميم الاستدلال ، وإن كان هو كما ترى أيضاً .

و على كل حال فالعمدة حينئذ ما سمعت مما لا يعارضه - بعد ما عرفت - صحيح زرارة (١) عن أبي‌عبدالله عليه السلام « عدة المتمتعة إن كانت تحيض فحيضة ، و إن كانت لاتحيض فشهر ونصف » والموجود في الكافي كما اعترف به غير واحد اسقاط «عدة المتمتعة » منه ، نعم هو في التهذيب كذلك ، ويؤيده روايته في الكافي في عدة المتمتع بها ، مضافاً إلى ماعرفته من مذهب زرارة المظنون كون سنده ذلك ، ولا خبر عبدالله بن عمر (٢) عن أبي‌عبدالله عليه السلام في حديث إلى أن قال : «فكم عدتها ؟ قال : خمسة و أربعون يوماً أو حيضة مستقيمة » ولا خبر محمد بن أبي نصر (٣) عن الرضا عليه السلام المروى عن قرب الاسناد « قال أبوجعفر عليه السلام : عدة المتمتعة حيضة ، وقال : خمسة وأربعون يوماً » لاحتمال إرادة الحيضة وطهرها التامين بدخول الحيضة الثانية ، فيكون حيضتين بناءً على الاجتزاء بالدخول في الحيضة هنا ، لخبر عبدالله ابن جعفر الحميرى(٤) عن صاحب الزمان المروى عن كتاب الاحتجاج « إنه كتب إليه في رجل تزوج امرأة بشيء معلوم وبقي له عليها وقت فجعلها في حلّ مما بقي له عليها ، و إن كانت طمثت قبل أن يجعلها في حلّ من أيّامها ثلاثة أيّام أيجوز أن يتزوّجها رجل آخر بشيء معلوم إلى وقت معلوم عند طهرها من هذه الحيضة أو يستقبل بها حيضة اُخرى ؟ فأجاب عليه السلام يستقبل بها حيضة غير تلك الحيضة ، لأن أقل العدة حيضة و طهرة تامّة » وعن بعض النسخ « و طهارة » بناءً على أن المراد

---

(١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعة الحديث ١ وليس فيه «عدة المتمتعة» والموجود فيالتهذيب ج ٨ ص ١٦٥ الرقم ٥٧٣ « عدة المتعة انكانت تحيض ...

(٢و٣و٤) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب المتعة الحديث ٣-٦-٧ .

منه ماذكرناه ، لا أن المراد الطهارة التامة من الحيضة ، بمعنى اعتبار نقائها تماماً من الحيض ، بل بناءً على ما ذكرناه يمكن تنزيل صحيح ابن الحجاج (١) عليه «سألت أباعبدالله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثمّ يتوفى عنها هل عليها العدة ؟ قال : تعتد أربعة أشهروعشراً وإذا انقضت أيامها وهوحي فحيضة ونصف مثل مايجب على الأمة» الحديث الذي قدحكي العمل به عن الصدوق في المقنع، وإلا كان متروكاً كسابقه.

نعم ما يحكى عن المفيد من أن عدتها طهران قول معروف بين الأصحاب محكي عن ابني زهرة وإدريس والعلامة في المختلف ، بل هو ظاهر ثاني الشهيدين بل عن ابن زهرة الاجماع عليه ، لكن لم أعرف له دليلاً بالخصوص سوى ماذكره في محكي المختلف له من أخبار الحيضة ، فانه إذ اكملت لها حيضة فقد مضى عليها طهران : أحدهما قبلها و الآخر بعدها ، إذ يكفي منهما لحظة ، و فيه أنه أعم من ذلك ، ضرورة عدم تحقق الطهرين بها فيما لوفرض مقارنتها لانتهاء الأجل، وسوى ما في المسالك من الاستدلال له بحسن زرارة (٢) عن الباقر عليه السلام « إن كان حر تحته أمة فطلاقه تطليقتان و عدته قرءآن » لكون المراد من القرءين في العدد الطهرين نصاً (٣) وفتوى كما تسمعه في محله انشاءالله منضماً إلى ماسمعته سابقاً من النص (٤) على أنّ على المتمتعة ماعلى الأمة .

وفيه منع كون المراد بالقرءين هنا الطهرين وثبوته في ذلك المقام لايستلزم القول به هنا، خصوصاً بعدالنصوص المعتبرة(٥)الدالة على أن عدة الأمة حيضتان ، بل يقوى تفسير هذا المجمل بها، فانه وإن تعارض الروايات في الأمة المشبّه بها المتعة إلاّ أنك ستسمع إن شاءالله في محله مايدل من المعتبرة على كون العدة فيها الحيضتين، على أنّه يمكن أن يقال بعد إرادة الكامل من الطهر- كما سمعته في خبر صاحب الزمان

(١) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب المتعة الحديث ٥.
(٢) الوسائل الباب -١٢- من أبواب مايحرم باستيفاء العدد الحديث ١.
(٣) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العدد من كتاب الطلاق .
(٤) الوسائل الباب -٥٢- من أبواب العدد - الحديث ٢ من كتاب الطلاق .
(٥) الوسائل الباب -٤٠- من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

روحي له الفداء ـ تتحقق الحيضتان أيضاً .

و بذلك كلّه يظهر لك اجتماع النصوص جميعهـا على الحيضتين بناءً على الاجتزاء بالدخول في الحيضة الثانية ، بل منه يعلم عدم أحوطية الحيضتين من الطهرين ، لإمكان تحققهما بدون الطهرين ، كما في المثال المفروض فيه مقارنة الحيضة لانقضاء الأجل ، إلاّ أني لم أجد تحريراً في كلامهم هنا لكيفية الاعتداد بالحيضتين ، وأنه هل لابد من حيضتين تامتين ، فلا يجزى ، حينئذ انقضاء أجلها في أثناء حيضها و الدخول في حيضة اُخرى ، أو أنه يكفى فيهما بعض الحيضة الاُولى ولو لحظة و الحيضة الثانية ولو لحظة ، أو أنه لابد من تمام الحيضة الثانية خاصة ، كما يومىء إليه خبر صاحب الزمان عليه السلام أو بالعكس ، أو لابد من حيضة كاملة ولحظة من حيضة اُخرى من غير فرق بين السابقة واللاحقة ، إلاّ أن الّذي ينساق إلى الذهن الأوّل الّذي هو مقتضى الأصل وعلى كلّ حال فلا ريب في أن الأقوى اعتبار الحيضتين بما عرفت ممالايصلح غيره لمعارضته ولوللشذوذ والندرة ، هذا كلّه في الّتي تحيض .

﴿ و ﴾ أما ﴿ إن كانت لا تحيض ولم تيئس ﴾ لكونها في سنّ من تحيض ﴿فخمسةوأربعون يوماً﴾ اجماعاً بقسميه ، ونصوصاً (١) بل في خبرالبزنطي(٢) عن الرضا عليه السلام قال : «قال أبوجعفر عليه السلام : عدة المتمتعة خمسة وأربعون يوماً والاحتياط خمس وأربعون ليلة » بمعنى أن الاحتياط خمسة وأربعون يوماً بلياليها ، بل الأولى عدم اعتبار التلفيق .

وأما غير مستقيمة الحيض أو المسترابة فيه لرضاع ونحوه فقد يقوى أن العدة أسبقهما ، على معنى إن مضى لها خمسة و أربعون قبل الحيضتين تمت عدتها ، و إن اتفق الحيضتان قبل ذلك تمت العدّة على حسب ما سمعته في الطلاق ، و ربما يشهد له في الجملة خبر قرب الاسناد (٣) واحتمال أن المدار على الحيضتين و إن طال الزمان بعيد ، بل يمكن القطع بعدمه بملاحظة ما سمعته في كتاب الطلاق ، و الله العالم .

(١ و٢ و٣) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب المتعة الحديث -٠-٢ -٦ .

﴿ و تعتد ﴾ المتمتع بها الحرة ﴿ من الوفاة ولو لم يدخل بها ﴾ اجماعاً ﴿ بأربعة أشهر و عشرة أيام إن كانت حائلاً ﴾ وفاقاً للمشهور للآية (١) في وجه والأصل و صحيح ابن الحجاج (٢) عن الصادق عليه السلام « سألته عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنهاهل عليها عدة ؟ قال: تعتد بأربعة أشهروعشراً» وصحيح زرارة (٣) «سألت أبا جعفر عليه السلام ماعدة المتعة إذا مات عنها الّذي يتمتع بها ؟ قال : أربعة أشهر وعشراً ، قال : ثم قال : يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة و على أي وجه كان النكاح منه ، متعة أو تزويجاً أوملك يمين فالعدة أربعة أشهر و عشراً » الحديث . خلافاً للمفيد والمرتضى والعماني و سلار ، فعدتها شهران و خمسة أيام لأنها كالأمة في الحياة فكذلك في الموت ، و مرسل الحلبي (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ماعدتها ؟ قال : خمسة وستون يوماً» .

وفيه عدم خروج الأول عن القياس ، إلا أن يراد التمسك بعموم المنزلة الّذي يجب الخروج عنه بما سمعت ، والمرسل الّذي لا جابر له ساقط عن الحجية على أن في سنده الطاطرى الواقفي الّذي قيل فيه إنه شديد العناد في مذهبه ، صعب العصبية على من خالفه من الامامية ، فيجب حينئذ طرحه في مقابلة الصحيحين أو حمله على إرادة خصوص الأمة من الامرأة فيه كحمل خبر ابن يقطين (٥) عن أبي الحسن عليه السلام « عدة المرأة إذا تمتع بها فمات عنها خمسة و أربعون يوماً » على الموت متصلاً بانقضاء الأجل وإلا كان من الشواذ .

﴿ و ﴾ تعتد ﴿ بأبعد الأجلين ﴾ منها أي المدة على المختار أو على قول المفيد ومن وضع الحمل ﴿ إن كانت حاملاً ﴾ بلا خلاف ولا إشكال عملاً بالعامين ، فقول المصنف حينئذ ﴿ على الأصح ﴾ راجع للأول ، و هوالعدة في الحائل ، هذا

---

(١) سورة البقرة : ٢ ـ الاية ٢٣٤ .

(٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ـ٥٢ـ منأبواب العدد الحديث ١ ـ٢ ـ٤ ـ٣ من كتاب الطلاق .

كلّه في الحرة .

﴿ و﴾ أما ﴿لو كانت أمة ﴾ ف﴿كانت عدتها حائلاً بشهرين وخمسة أيام﴾ وفاقاً للمشهور أيضاً للمعتبرة المستفيضة (١) أن عدة الأمة إذا توفّي عنها زوجها شهران و خمسة أيام مؤيدة بما دل (٢) على أنها على النصف من الحرة على وجه كان ذلك كالأصل ، خلافاً للحلّي و الفاضل وغيرهما فكالحرة ، لصحيح زرارة (٣) السابق مؤيداً بما دل (٤) على اعتدادها من الوفاة بذلك الشامل باطلاقه للدائمة والمتمتع بها ، كصحيح سليمان بن خالد (٥) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الأمة إذا طلقت ماعدتها ؟ ـ إلى أن قال ـ قلت : فان توفّي عنها زوجها ، فقال : إن علياً عليه السلام قال في أمهات الأولاد: لايتزوجن حتّى يعتددن أربعة أشهر وعشراً وهنّ إماء» وموثقه عنه عليه السلام (٦) أيضاً « عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً » وصحيح وهب بن عبدربه (٧) «سألت أباعبدالله عليه السلام «عن رجل كانت له أم ولد فزوّجها من رجل آخر فأولدها غلاماً ، ثمّ إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها أله أن يطأها ؟ قال : تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشرة أيّام ثمّ يطؤها بالملك بغير نكاح » والصحيح (٨) « إن الأمة والحرة كلتيهما إذا مات عنهما زوجهما سواء في العدة إلاّ أن الحرة تحدّ والأمة لا تحدّ » و عن الشيخ الجمع بينها بحمل هذه على أمهات الأولاد ، و هو غير تام في الأخيرين الظاهرين أو الصريحين في غيرها ، نعم لايبعد الجمع بالحمل على الاستحباب في غير ذات الولد ، وأما فيها فكالحرة ، للصحيح السالم عن المعارض .

(١) الوسائل الباب ـ ٤٢ ـ من أبواب العدد الحديث ٦ و٧ و٨ و٩ و١٠ .

(٢) الوسائل الباب ـ ٤٠ ـ من أبواب العدد الحديث ٣ و الباب ٤٢ منها الحديث ١٠ والباب ٤٧ منها الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب ـ ٥٢ ـ من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق .

(٤) الوسائل الباب ـ ٤٢ ـ من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

(٥و٦و٧و٨) الوسائل الباب ـ ٤٢ ـ من أبواب العدد الحديث ١ ـ ٥ ـ ٣ ـ ٢ من كتاب الطلاق.

وأما الحامل فعدتها أبعدالأجلين من المدة والوضع ، وتركه المصنف لوضوحه، و اتكالاً على ماذكره سابقاً .

التاسع :

لايصح له تجديد العقد عليها دائماً ومنقطعاً قبل انقضاء الأجل وفاقاً للمشهور لعدم قابلية تأخر أثر عقدالنكاح ، واستحالة تحصيل الحاصل ، ومفهوم الصحيح (١) « لا بأس بأن تزيدك وتزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما ، تقول لها : استحللتك بأجل آخر برضاً منها ، ولايحل ذلك لغيرك حتى تنقضي عدتها » و خبر أبان بن تغلب(٢) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر ، ثم إنها تقع في قلبه فيحب أن يكون شرطه أكثر من شهر ، فهل يجوز أن يزيدها في أجرها ويزداد في الأيام قبل أن تنقضي أيامه التي شرط عليها ؟ فقال: لا يجوز شرطان في شرط ، قلت : فكيف يصنع ؟ قال : يتصدق عليها بما بقي من الأيام ، ثم يستأنف شرطاً جديداً » فان المراد من الشرطين المدتان المتخالفتان والأجران المتباينان في شرط ، أي في عقد واحد ، ومقتضاه حينئذ عدم صحة ذلك حتى لوفعله في أول العقد ، بل لعل المراد أنه كما لايجوز أجلان في عقد واحد فكذا لايجوز عقد جديد قبل انفساخ عقد الأول ، فيكون أصرح في الدلالة على ذلك و على كل حال فهو واضح الدلالة على المطلوب .

خلافاً للمحكي عن ابن حمزة و الفاضل في المختلف مستظهراً له أيضاً من العماني ـ وإن كان فيه مافيه ـ لاطلاق الأدلة الذي لا ينافيه اشتغالها بأجله ، كما لا ينافي عقده عليها في أثناء عدته و إن لم يجز ذلك لغيره ، كما تطابقت عليه

---

(١) الوسائل الباب ـ٢٣ـ من أبواب المتعة الحديث٢ .

(٢) الوسائل الباب ـ٢٤ـ من أبواب المتعة الحديث ١ .

النصوص (١) و الفتاوى ، خصوصاً بعد تصريح الأدلّة (٢) بأنّهن مستأجرات ، و لا ريب في جواز ذلك في الاجارة .

وفيه أنّه يجب الخروج عن ذلك كلّه بما عرفت ، كما أنه يجب تقييد ما ادعى وروده (٣) من نفي البأس عن زيادة الأجل بزيادة الأجر في تفسير قوله تعالى (٤) « ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » إن كان بما عرفت كما هو واضح ، والله العالم . (٥)

---

(١) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب المتعة الحديث - ٠ - .

(٢) الوسائل الباب -٤- من أبواب المتعة الحديث ٢ و ٤ و ٥ و الباب -٢٦- منها الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب المتعة الحديث ٨ .

(٤) سورة النساء : ٤- الاية ٢٤.

(٥) بما أن كتاب النكاح قسم الى جزءين في النسخة الاصلية المبيضة لذلك ذكر هناما يأتي « تم المجلد الاول من كتاب النكاح الذى هوالمجلد السابع من قسم العقود زاد الله توفيق الشارح ، انه رؤوف ودود ، ويتلوه المجلد الثامن وهوجلد آخر النكاح فى نكاح الاماء بعون الله خالق الارض والسماء » ومن هنا افتتح الجزء الثاني منه بالبسملة ، وحيث ان شيئاً من ذلك لم يكن فى النسخة الاصلية المسودة لذلك أسقطناه من الكتاب .

﴿القسم الثالث﴾

﴿في نكاح الاماء﴾

أي وطئهن ﴿ وهو إما بالملك أو بالعقد ﴾ لعدم خروج أصل النكاح عن ذلك لقوله تعالى (١) : « إلاّ على أزواجهم أوما ملكت أيمانهم » وغيره ، والتحليل عقد أوملك منفعة كماستعرفه إن شاءالله.

﴿ و ﴾ قد عرفت أن ﴿ العقد ضربان دائم و منقطع ، و قد مضى كثير من أحكامهما ﴾ المشتركة بين الاماء وغيرهن ﴿ و ﴾ لكن ﴿ يلحق هنا مسائل ﴾ .

﴿الاولى :﴾

﴿ لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً إلاّ بإذن المالك ﴾ بل ولا يجوز على الأصح أن يعقدا لغيرهما أيضاً ذلك ولا غيره من المعقود ، وإن كان لووقع منهما ترتب الأثروإن أثما من غيرحاجة إلى إذن السيّد ، نعم قد يقال بوجوب الاُجرة على من له العقد على إشكال فيما إذا لم يكن ذلك بأمره من وصول منفعة مال الغير إليه ومن عدم حصول سبب الضمان منه ، فالأصل البراءة.

وكيف كان ﴿ فان عقد أحدهما من غير إذن وقف على إجازة المالك ﴾ بناءً على المختار من صحّة الفضولي خصوصاً في النكاح وسيّما في العبد الّذي عن الخلاف الاجماع عليه ، مضافاً إلى المعتبرة (٢) المستفيضة فيه ، فان أجاز انكشف صحّة العقد على

---

(١) سورة المؤمنون : ٢٣ـ الاية ٦ .

(٢) الوسائل الباب ٢٤و٢٥و٢٦و٢٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

الأصح وإلا انكشف بطلانه .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ قيل ﴾ والقائل النهاية والتهذيب والمهذب فيما حكي عنها: ﴿ بل تكون اجازة المالك كالعقد المستأنف ﴾ قال فيها : «إن من عقد على أمة الغير بغير إذنه فنكاحه باطل ، فان رضي المولى كان رضاه كالعقد المستأنف » ويمكن بل في كشف اللثام أنه الظاهر إرادة التزلزل من البطلان فيه كما عن النكت والمختلف ، أو البطلان ان لم يرض المولى ، فيكون موافقاً للمشهور حينئذ وإلا كان واضح الفساد ضرورة عدم التحليل بما لم يقصد منه ذلك ، إذ الفرض رضاه بالعقد السابق .

﴿ و قيل ﴾ و القائل من أبطل الفضولي ﴿ يبطل ﴾ العقد ﴿ فيهما ﴾ أي في العبد والأمة ، وحينئذ ﴿ فتلغى الاجازة ﴾ إذ لا تصير الفاسد في نفسه صحيحاً إلا أنك قد عرفت ما فيه .

﴿ و فيه ﴾ أيضاً ﴿ قول رابع ﴾ قد اختاره ابن حمزة فيما حكي عنه ﴿ مضمونه اختصاص ﴾ تأثير ﴿ الاجازة بعقد العبد ﴾ للنصوص (١) الكثيرة ﴿ دون الأمة ﴾ التي نهي عن العقد عليها بدون الاذن (٢) و هو يقتضي الفساد ، بل في بعض الأخبار (٣) النص على البطلان ، وفي آخر أنه زنا (٤) ومال إليه في الحدائق بل لعله ظاهر محكي الخلاف والسرائر .

﴿و﴾ لاريب في أن ﴿ الأول أظهر ﴾ بل الرابع منها واضح الضعف ، ضرورة إرادة النكاح تاماً من دون مراعاة الاذن ولو لاحقاً من النهي المزبور ، وكذا البطلان والزنا كما عرفته في نظائر ذلك ، وخلو النصوص بالخصوص عن التعرض للأمة اتكالاً على ما ذكر في العبد الذي يمكن إرادة المملوك الشامل لهما منه ، بل قد سمعت سابقاً

---

(١) الوسائل الباب - ٢٤و٢٥و٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب -٢٩- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب -٢٩- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢و٣ .

أنه ورد (١) جواز نكاح أمة المرأة من غير إذنها وإن كنا لم نعمل به .

على أن بعض النصوص هنا قد اشتملت على التعليل الّذي هو كالصريح في عدم الفرق بين العبد و الأمة ، كحسن زرارة (٢) أو موثقه عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ، فقال: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازه وإن شاء فرّق بينهما، قلت : أصلحك الله إن الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إنّ أصل النكاح فاسد ، ولا يحلّله إجازة السيّد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّه لم يعص الله وإنما عصى سيّده ، فاذا أجازه فهو جائز له » وخبره الآخر(٣) عنه عليه السلام أيضاً « سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها ثمّ اطّلع على ذلك مولاه ، فقال : ذلك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما ، وللمرأة ما أصدقها إلاّ أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً ، فان أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل ، فقلت لأبي جعفر عليه السلام : فانّه في أصل النكاح كان عاصياً ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّما أتى شيئاً حلالاً ، وليس بعاص لله ، و إنّما عصى سيده ولم يعص الله ، إن ذلك ليس كاتيانه ما حرّمه الله عليه من نكاح في عدة واشباهه » إذ هي صريحة في أن عصيان الله تعالى في النكاح الّذي هو من قبيل المعاملة يقتضي فساده ، وأن نكاح العبد الغير المأذون إنما لم يفسد ، لأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده ، و هذا لافرق فيه بين العبد والأمة .

و تحقيق ذلك على وجه يجدي في غير المقام أيضاً أن المعصية المنفية في قوله عليه السلام : « لم يعص الله » ليست مطلق المعصية ، بل المراد منها معصية مخصوصة تقتضي فساد النكاح ، والمعنى أنه لم يعص الله سبحانه عصياناً يوجب الفساد كما في نكاح المحرمات والنكاح في العدة وغيرهما مما يحرم لعينه أو وصفه اللازم كما يدلّ عليه قوله عليه السلام : « إنما أتى شيئاً حلالاً » وقوله عليه السلام : «إن ذلك ليس كاتيانه » إلى آخره وإلاّ فعصيان السيد يستلزم عصيان الله ، لأنّ الله أوجب على العبد طاعة سيده ، فاذا عصى سيده فقد عصى الله ، فلا يصح نفي المعصية عنه مطلقاً ، وإنّما يصح نفي المعصية

---

(١) الوسائل الباب -١٤- من أبواب المتعة .

(٢ و ٣) الوسائل الباب -٢٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-٢ .

الناشئة من أصل النكاح ، فان معصية الله في نكاح العبد بدون إذن سيده إنما نشأمن عصيان سيده ، وهوأمرخارج عن النكاح مفارق إياه .

وحاصل الوجه المذكور أنّ المعصية الموجبة لفساد النكاح هي مخالفة أمر الله تعالى في نفس النكاح ، وعصيان المملوك في نكاحه بدون إذن سيده ليس كذلك فانّه قد حصل منه في نكاحه ذلك معصيتان : معصية لسيده في أصل النكاح ومعصية لله تعالى باعتبار مخالفته لسيده ، ومن المعلوم أن شيئاً منهما ليس عصياناً لله في أصل النكاح فلايكون عصيانه موجباً لفسادالنكاح ، فمعنى قوله ﷺ : « إنّه لم يعص الله ولكن عصى سيده » انّه لم يعص الله عصياناً راجعاً إلى أصل النكاح حتّى يفسد نكاحه ، وإنّماعصى سيّده معصية موجبة لعصيان الله فيما هوخارج عن النكاح ، وذلك لايوجب فساده ، و هو صريح فيما اخترناه من التفصيل في الاُصول ، و حجّة على كلّ من إطلاقي القول بالفساد وعدمه .

لايقال : إنّ ذلك يقتضي الصحّة وإن لم تحصل الإجازة ، وهو معلوم البطلان لأنا نقول : عدم الصحّة مع فقد الاجازة ليس للتحريم ، بل لاشتراط رضا المولى في صحّة النكاح و إن كان متأخّراً عن العقد ، فمع حصوله لم يبق إلاّ عصيانه في فعله ذلك ، وقد عرفت أنّه لا يقتضي الفساد ، فيصح العقد حينئذ لوجود المقتضي وارتفاع المانع ، فقوله ﷺ : « لم يعص » إلى آخره ، إشارة إلى الثاني ، وقوله ﷺ : « فإذا أجازه » إلى آخره ، إشارة إلى الأوّل .

كما أنّ مايقال : إنّه لا دليل على خصوص المعصية المنفية الّتي تكون مدار الفساد يدفعه ماعرفت من ظهور الخبرين في عدم اقتضاء المعصية بأمر خارج الفساد ، و اقتضائها ذلك فيما كان راجعاً إلى أصل النكاح أووصفه اللازم ، كمايشهد له قوله ﷺ : « إنّما أتى شيئاً حلالاً » إلى آخره ، على أنه لا إشكال في دلالة الخبرين المزبورين على بطلان إطلاقي القول بالفساد وعدمه ، وذلك يستلزم التفصيل ، إذليس في المسألة تفصيل آخر يمكن الحمل عليه .

كما يدفع ماعساه يقال - من أنّ العصيان مخالفة الأمر ، والسؤال في الرواية

لم يقع إلّا عن التزويج بغير إذن الّذي هو العنوان في كلام الفقهاء ، فالمراد من العصيان حينئذ هو الوقوع بغير إذن ، و لا شك أنّ العمومات تقتضي صحّته ، بل المفروض فيما إذا كان هناك دليل شرعي يقتضي الصحّة ، وحينئذ يكون معنى قوله عليه‌السلام : « لم يعص الله » أن فعل العبد موافق لقول الله الّذي يقتضي الصحّة ، غاية ما في الباب أنّه وقع بغير إذن السيد ، فلو كان السيد هو المعقود له بغير إذنه تكون الاجازة له فكذا العقد على عبده ، لا تحاد دليل الصحة ومقتضاها ، فالخبر حينئذ دالّ على عدم الاقتضاء كما عليه المعظم ، ولو أريد من العصيان ظاهره لم يصح الحكم بأنّه « لم يعص الله » إلى آخره ، بل كان الأمر بالعكس ، إذ المفروض أنه لم يقع منه نهي ، و انّما عصى الله في عقده بدون إذن سيّده ، لنهيه عن ذلك بدون إذن مولاه ـ بأنّ العصيان انّما يستعمل في مخالفة الحكم الشرعي ، و إطلاقه على مخالفة الحكم الوضعي كمخالفة الصحّة غير معهود ، و إنما المعهود فيه إطلاق الفساد و البطلان مع أنّ الحمل عليه لا يستقيم في قوله عليه‌السلام : « و إنّما عصى سيّده » إذ ليس للسيد قول يقتضي الصحّة حتّى يكون فعل العبد مخالفاً له .

و حمل العصيان هنا على حقيقته مع إرادة المعنى المذكور في قوله عليه‌السلام : « لم يعص » تفكيك ركيك لا يلائمه الحصر ، فانّه انّما هو بالقياس إلى ما نفى في قوله عليه‌السلام : « لم يعص الله » فيكون إثباتاً للمعنى المنفي هناك ، فلا يصح التفكيك على الحقيقة ، على أنّ الحقيقة في قوله عليه‌السلام : « عصى سيّده » متعذرة بناءً على ما ذكر من أنّ العصيان مخالفة الأمر إلى آخره ، فينبغي حمله على ما يوجب العقوبة في الجملة وإن لم يكن لمخالفة الأمر ، فيلزم الخروج عن ظاهر اللفظ في الموضعين، مع التفكيك بحمله فيهما على معنيين مختلفين ، مع أنّ امتناع الحقيقة في قوله عليه‌السلام « عصى سيّده » انّما اقتضى الصرف عن الظاهر في قوله عليه‌السلام : « لم يعص الله » للزوم التفكيك بدونه على ما يفهم من كلامه ، وإلّا فالحمل على الظاهر فيه ممكن بارادة نفي العصيان على بعض الوجوه ، فالعدول عنه ليس إلّا للفرار عن لزوم التفكيك ،

والحمل على المعنى المذكور كرّ فيما اُريد الفرار منه .

فالصواب أن يقال : إنّ العصيان في قوله ﷺ : « لم يعص الله » جارٍ على أصله أعني مخالفة الأمر ، و المعنى أنّه لم يخالف أمر الله في النكاح ، فانّه لم يمنعه من النكاح و لم يحرّم عليه ، و في قوله ﷺ : « عصى سيّده » مبني على تنزيل العادة منزلة النهي ، فانها قاضية بمنع استقلال العبد بالنكاح وأشباهه مما يجب أن يصدر عن أمر المولى ورأيه أو محمول على فعل ما يجب العقوبة وإن لم يكن لمخالفة الأمر مجازاً ، ولايلزم التفكيك القبيح حينئذ للمناسبة الظاهرة بين المعنيين وصحة الحصر بالقياس إلى المعنى المنفي ، بخلاف الحمل على مخالفة مقتضى الصحة على ماعرفت .

و يمكن حمله في الموضعين على ما يوجب العقوبة مطلقاً ، أمّا في عصيان السيد فلتعذر الحقيقة الموجب للحمل على المجاز ، وأمّا في عصيانه فلئلا يختلف ، وحينئذ فلا يلزم التفكيك ، غاية الأمر حصول المعنى في أحدهما بمخالفة الأمر ، وفي الآخر بأمر آخر غير ذلك ، وهذا لايوجب التفكيك في المعنى المراد من لفظ العصيان ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو ﴾ كان قد ﴿ أذن المولى ﴾ ابتداءً ﴿ صحّ ﴾ بلا خلاف و لا إشكال ﴿ وعليه مهر مملوكه ونفقة زوجته ﴾ كما تقدّم الكلام فيه مفصلاً ﴿ وله مهر أمته ﴾ وإن تأخّرت الاذن بلا خلاف ولا إشكال ، كما أنّ الظاهر وجوب النفقة عليه بالإذن المتأخرة للعبد ، لأنها يجب يوماً فيوماً ، فهو بالنسبة إلى المتجدد كالإذن المبتدأة من غير فرق ، و لأنها تلزم كلّ يوم ، فانّها لا تعيش بلا نفقة ، ولا ملك للعبد ، فلولم نوجبها على المولى بقيت بلا نفقة .

أمّا بالنسبة إلى المهر ففيه إشكال ، ولعلّه من أن الاجازة مصححة أو كاشفة وأن الاذن في الشيء إذن في لوازمه الّتي منها هنا المهر المعلوم لزومه للعقد الصحيح ، و العبد لايملك شيئاً ، و من أن العقد لما وقع تبعه المهر ولم يلزم المولى حينئذ ، و إنّها رضيت بكونه في ذمّة العبد ، و فيهما منع ظاهر ، فالأقوى وجوبه بها بناءً على وجوبه بها في السابقة ، لعدم ظهور الفرق بينهما عند التحقيق .

نعم في القواعد احتمال ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد المتجدد ، و منه ربح تجارته ، فيصرف حينئذ مايكسبه كل يوم في نفقتها ، فما فضل يعطي من المهر حتّى إذا وفى أعطى الفاضل لمولاه ، و لا يدخر لنفقة اليوم الآتي شيئاً ، فان نفقة كلّ يوم إنما تتعلّق بكسبه ، وعلى هذا لا يضمن السيد شيئاً من النفقة والمهر إن أعوز الكسب ، لأنّهما لم يتعلقا بذمّته ، بل بمال معين له ، كما أن أرش الجناية يتعلق برقبته لا بذمّة المولى ، وانّما يجب عليه أن يمكّنه من الاكتساب بمايفي بهما ، فان منعه من الاكتساب بأن استخدمه يوماً أو أيّاماً فاُجرة المثل ، لأنّه كالأجنبي ويحتمل وجوب أقلّ الأمرين من الاُجرة والكسب ، وتحتمل أقلّ الأمرين من الكسب والنفقة إن وفى المهر ، هذا كلّه في ذى الكسب .

أمّا إذا لم يكن ذا كسب أو قصر كسبه عن النفقة احتمل ثبوتها في رقبته و في ذمّة المولى ، بل عن الشيخ في المبسوط ثبوت النفقة في رقبته حتّى في ذى الكسب ، فيباع حينئذ كل يوم جزء منه فيها ان امكن وإلا فجملة ، ولم يذكر المهر ، ولعلّه أولى بتعلقه بها من النفقة ، لكونه عوض البضع ، فتنزيله منزلة أرش الجناية أظهر اللّهمّ إلا أن يقال : إنها لمّا مكّنته من نفسها فقد رضيت بالتأجيل فيتبع به بعد العتق وقد يحتمل أيضاً عدم وجوب الكسب على العبد في النفقة مع عدم التزام المولى بها ، فتخير الامرأة حينئذ بين الصبر إلى أن يتمكن العبد من الانفاق عليها و بين الفسخ بنفسها أو بالحاكم بناء على جواز ذلك في زوجة المعسر عن الانفاق ، ولكن قد عرفت التحقيق في ذلك كلّه هناك ، فلاحظ وتأمّل .

و كيف كان فلو اشترته زوجته أو اتهبته انفسخ النكاح ، فان كان قبل الدخول سقط نصف المهر الّذي في ذمّة السيد ، لكونه انفساخاً قبل الدخول باختيارها ، مع من عليه المهر ، فتكون كالخالعة قبل الدخول ، ويحتمل سقوط جميعه ، لانّه فسخ من قبلها من دون اختيار للزوج ، وهو مسقط للمهر ، وإن ضمنه غيره فان اشترته من مولاه بالمهر الّذي لهـا في ذمّته بطل الشراء على الثاني ، لخلوّ البيع حينئذ عن العوض ، فصحته حينئذ تقتضي بطلانه ، و بطل النصف خاصة على الأول ، نعم لها

شراؤه بمايساوى المهر في الذمّة ، ثمّ تقاصه ، كما أنه يصح شراؤهاله بالمهر المضمون بعدالدخول ، ضرورة استقراره ، نعم في القواعد « لوجوزنا إذن المولى في نكاح العبد على وجه يكون المهر في ذمّة العبد ـ لأن له ذمّة ولذا يضمن المتلفات ـ فاشترته به بطل البيع » أي قبل الدخول و بعده ، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمّته من المهر فيخلو البيع عن العوض ، فتأمّل .

ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين اتحاد المالك وتعدده كما أشار إليه المصنّف بقوله : ﴿ وكذا لوكان كلّ واحد منهما ﴾ أي العبد والأمة ﴿ لمالك أو أكثر ﴾ و حينئذ ﴿ ف ﴾ ان ﴿ اذن بعضهم لم يمض إلا برضا الباقين أو اجازتهم بعد العقد على الأشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده المقتضية صحّة الفضولي الّذي من جملته محلّ الفرض ، كما تقدّم الكلام فيه مفصّلاً .

المسألة ﴿ الثانية ﴾

﴿ إذا كان الأبوان رقّاً كان الولد كذلك ﴾ بلا خلاف و لا إشكال ، لأن نماء المال ملك لمالكه ﴿ فان كانا ﴾ أي العبد والأمة ﴿ لمالك واحد فالولد له وإن كانا لاثنين كان الولد بينهما نصفين ﴾ وفاقاً للمشهور بين الأصحاب ، بل كافتهم عدا أبي الصلاح ، فجعله لمولى الأمة كسائر الحيوانات ، و فيه أن السبب هنا في التنصيف اقتضاء العقد لحوق الأولاد بهما ، والفرض عدم مزية لأحدهما على الآخر كي يختص اللحوق به . كما يومىء إليه ماتسمعه من نصوص (١) تزوج العبد حرة و بالعكس الظاهرة في كونه اللحوق هناك للحر منهما ، باعتبار أشرفيته الّتي منها يعلم التساوي في اللحوق بهما مع عدم المزية ، أمّا إذا لم يكن ثمّ لحوق لعدم العقد كما في زنا العبد بأمة فانه يلحق بالأم كما صرح به الفاضل في القواعد و غيره ، بل لم يحك فيه خلاف ، لكونه نماء لها كباقي الحيوانات ، ولعلّ الوجه فيه أن الانعقاد

---

(١) الوسائل الباب -٣٠- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث -٠- .

من نطفة الأم و أن نطفة الفحل من المعدات كما عساه يشهد لـه ما قيل من اتفاق الانعقاد من رائحة مني الفحل ، فهي حينئذ كالماء في نبات الأرض ، أو أن الوجه فيه عدّ ذلك من نماء الأم وتوابعها عرفاً ، نحو البيض في الطير مثلاً والثمر في الشجر أو غير ذلك .

أمّا لو زنى العبد بحرّة فلا لحوق شرعاً ، والأصل الحرية ، لكن في كشف اللثام أنه قطع الأصحاب برقيّة الولد من الحرة التي تزوّجت عبداً غير مأذون عالمة بذلك وكأنّه مناف لذلك ، اللّهم إلا أن يحمل العقد بالنسبة إليه شبهة أو في حكمها لنقصان عقله ، فيتّجه حينئذ الرقيّة باعتبار تحقق سبب اللحوق به بالنسبة إليه دونها ، كما لو تزوجت أمة حراً بغير إذن مولاها عالماً بذلك ، فان ولدها منه رقّ ، لعدم اللحوق به ، لكونه زانياً ، وهي كالمشتبهة ، لنقصان عقلها ، فيبقى ولدها رقاً مضافاً إلى أنّه نماء الملك ، نحو ما لو زنى الحر بأمة ، فانّ الولد رقّ ، لعدم اللحوق ، فانه لا سبب له شرعاً ، ولكن يبقى مقتضى تبعية نماء الملك .

أمّا لو تزوج عبد غير مأذون بأمـة غير مأذونة فالظاهر التنصيف أيضاً إجراء لحكم العقد منهما مجرى الشبهة الملحقة بالنكاح الصحيح المقتضي للحوق الولد بهما كما عرفت .

و على كلّ حال فالتنصيف في المتن وغيره كما عرفت لكونـه نماء ملكهما كما علله به غير واحد ، حتّى أشكله في المسالك و كشف اللثام والحدائق بعدم ظهور الفرق بين الانسان وغيره من الحيوانات التي لا إشكال في تبعية النماء للأم فيهـا ، إذ قد عرفت أن الانسان كغيره أيضاً في ذلك حيث لم يكن عقد أو ما هو بمنزلة العقد من الشبهة للطرفين أو أحدهما ، بل لعله لذا وجب على من اشترى أمة وأولدها ثمّ بان أنها للغير دفع قيمة الولد ، كمن تزوجها على أنها حرّة فبان أنها أمة ، وغير ذلك مما ذكرناه وما لم نذكره مما هو مبني أيضاً على كون الانسان كالحيوان في التبعية للأم ، فتأمّل جيداً .

﴿ ولو اشترطه ﴾ أي الولد ﴿ أحدهما أو شرط زيادة عن نصيبه لزم الشرط ﴾

بلا خلاف أجده فيه لعموم « المؤمنون عند شروطهم » (١) بل لا يبعد صحة هذا الشرط في الحيوانات غير الانسان أيضاً، بل في كل مال مشترك شركة تقتضي الشركة في الفرع على حسب الأصل لولا الشرط ، وليس ذلك من الشرائط المخالفة للسنة ، فان تبعيّة الملك للنماء لا تنافي تمليك من هو له بالشرط لغيره كما يملك ماله المعين به ، و احتمال الفرق بكونه في الثاني كالهبة بخلافه في الأول يدفعه ظهور النص (٢) والفتوى في صحة التملك بالشرط لكلّ ما يقبل التمليك مجاناً أو بالعوض و إن لم نقل بقيام الشرط مقام الأسباب في غير ذلك ، ولعلّه لعدم انحصار نحو هذا التمليك بسبب خاص و لفظ كذلك ، فيكفي فيه حينئذ الرضا بالشرط ممن اشترط عليه ، ويكون ذلك بمنزلة الايجاب والقبول في ضمن عقد لازم ، فتأمّل جيداً فانّه دقيق نافع ، أو يقال : إنه من اشتراط إسقاط حقه من النماء و اختصاص الحق بالآخر أو غير ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿ لو كان أحد الزوجين حراً لحق الولد به سواء كان الحر هو الأب أو الأم ﴾ وفاقاً للمشهور لاصالة الحرية و غلبتها ، والمعتبرة المستفيضة ، كمرسل مؤمن الطاق (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « إنّه سئل عن المملوك يتزوج الحرة ما حال الولد؟ فقال : حرّ ، فقلت : والحر يتزوج المملوكة ، قال : يلحق الولد بالحرية حيث كانت ، إن كانت الأم حرة أعتق بأمّه ، وإن كان الأب حراً أعتق بأبيه » وخبر جميل و ابن بكير (٤) في الولد بين الحر والمملوكة قال: « يذهب إلى الحرّ منهما » وخبر جميل (٥) أيضاً « سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار ، وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار » وخبره (٦)

---

(١) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب -٣٢- من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة .

(٣و٤) الوسائل الباب -٣٠- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٧ - ٤.

(٥) الوسائل الباب -٣٠- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٦ .

(٦) الوسائل الباب -٣٠- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٨ .

أيضاً « سألت أباعبدالله عليه‌السلام عن الحر يتزوج الأمة أوعبد تزوج حرة ، قال : فقال لي : ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً إنّه يلحق بالحر منهما أيهما كان : أباً أو اُمّاً » إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك ، مؤيداً بأصالة الحرية وبنائها على التغليب ، و قد عرفت أن مقتضى العقد التشريك في الولد ، فيكون جزء منه حراً ويسري إلى الجزء الآخر تغليباً ، مضافاً إلى أصالة عدم لحوق أحكام العبيد من التحجير وغيره مما هو مناف لاطلاق « أوفوا بالعقود » (١) ونحوه.

خلافاً للاسكافي فقال ـ كما في المختلف ـ : « إذا زوّج الأمة سيدها ومولاتها فولدت فهو بمنزلتها رق إلاّ أن يشرط الزوج عتقهم ، ولو تزوجت بعده فولدت كان المولى بالخيار في الولد ، إن شاء أعتق ، وإن شاء رق مالم يشترط الثاني كما اشترط الأوّل » نعم حكى عنه في المختلف أنه حكم بأن العبد إذا تزوج الحرة كان ولده أحراراً كقولنا ، فدليله فيما ذكر حسن الحلبي و صحيحه (٢) عن أبي عبدالله عليه‌السلام « في رجل تزوج أمة من رجل وشرط له أنّ ما ولدت فهو حر ، فطلقها زوجها أومات عنها فزوّجها من رجل آخر ، ما منزلة ولدها ؟ قال : منزلتها ما جعل ذلك إلاّ للأول ، وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء أمسك » وصحيح البصري (٣) عن أبي عبدالله عليه‌السلام أيضاً « في رجل زوّج جاريته رجلاً واشترط عليه أن كلّ ولد تلده فهو حر فطلّقها زوجها ثمّ تزوجها آخر فولدت منه ، قال : إن شاء لم يعتق » و خبر أبي بصير (٤) عنه عليه‌السلام أيضاً « أنّ رجلاً دبّر جارية ثمّ زوّجها من رجل فوطأها كانت جاريته و ولدها منه مدبرين ، كما لو أنّ رجلاً أتى قوماً فتزوّج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك » وصحيح أبان (٥) « سألت أباعبدالله عليه‌السلام عن رجل دبّر مملوكة ثمّ زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثمّ مات زوجها و ترك أولاداً منها فقال : أولاده منها كهيئتها ، فاذا مات الّذي دبّر فهم أحرار ،

---

(١) سورة المائدة : ٥ـ الآية ١ .

(٢و٣و٤) الوسائل الباب ـ ٣٠ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١٣ـ١١ ـ ١٠ .

(٥) الوسائل الباب ـ ٧ـ من أبواب التدبير الحديث ١ .

قلت : أيجوز للذي دبّرا ُمّهم أن يرد في تدبيره إذا احتاج ؟ قال : نعم ، قلت : أرأيت إن ماتت ا ُمهم بعد ما مات الزوج وبقى أولادها من الزوج الحر أيجوز لسيدها أن يبيع أولادها أو يرجع عليهم في التدبير ؟ قال : إنّما كان له أن يرجع في تدبيرا ُمهم إذا احتاج ورضيت » وخبر عبدالله بن سلمان (١) في حديث « سألته عن رجل زوّج وليدته رجلاً ، قال : أول ولد تلد منه فهو حرّ ، قلت : فتوفّي الرجل و تزوّجها آخر فولدت لـه أولاداً ، فقال : أما من الأول فهو حر ، وأمـا من الآخر فان شاء استرقهم » وخبر الحسن بن زياد (٢) قلت له : « أمة كان مولاها يقع عليها ثمّ بداله فزوّجها ما منزلة ولدهـا ؟ قال : منزلتها إلا أن يشترط زوجها » مؤيّداً ذلك كلّه بأنه نماء ملكه ، ومعلومية تقدّم حق العبد على حق الله ، إلا أنّها ـ و إن كان فيها الصحيح وغيره ـ قاصرة عن معارضة السابقة المفتي بمضمونها ، الموافق لما عرفت ، المخالف للعامـة الذين جعل الله الرشد في خلافهم ، ومن هنا حكي عن بعضهم حمل هذه الأخبار على التقيّة ، كما أنه يمكن حملها على كون الرجل عبداً أو حراً قد اشترط عليه ذلك ، بناءً على صحة الشرط أوغير ذلك مما لابأس به بعد وضوح قصورها ولو بالاعراض من الطائفة المحقة .

فلامناص حينئذ عن القول بالحرية مع حرية أحدهما ﴿إلا أن يشترط المولى﴾ للأمة أو العبد ﴿رق الولد ف﴾ إنّه ﴿إن شرط لزم الشرط على قول مشهور﴾ بين الاصحاب ، بل لم أجد فيه تردداً فضلاً عن الخلاف قبل المصنف ، بل ظاهر حمل الشيخ و الفاضل خبر أبي بصير السابق (٣) على الشرط المفروغية عنه ، و لعلّه لعموم « المؤمنون » (٤) وإطلاق النصوص المزبورة الشامل لحالي الشرط وعدمه ، كشمول إطلاق الأدلة إلا أنهـا رجحت على هذه في صورة عدم الشرط بالعمل بين الأصحاب

(١و٢) الوسائل الباب ــ٣٠ــ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١٣ــ ١٢ والاول عن عبدالله بن سليمان .

(٣) الوسائل الباب ــ٣٠ــ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١٠ .

(٤) الوسائل الباب ــ٢٠ــ من أبواب المهور الحديث ٤ .

عدا ابن الجنيد ، فلترجح هذه على تلك أيضاً بالعمل بين الأصحاب في صورة الشرط على أن شرط الرقية في الفرض نحو شرط الحرية الّتي صرح بصحته فيها و إن كان لا يفيد إلا على مذهب ابن الجنيد، ضرورة اشتراكهما في كونهما شرطي نتيجة شرعية لأسباب خاصة ، فمع فرض صلاحية الشرط للأول منهما يتجه صلاحيته للثاني منهما ، بل هو لازم له عند التأمل ، و استبعاد صلاحية الشرط لذلك اجتهاد في مقابلة النص .

ودعوى عدم صلاحية الشرط لرقية الحر - وإلا لصح اشتراطها في المتولد من الحرين - يدفعها أن المسلّم امتناعه تأثير الشرط في رقية المتصف بالحرية فعلاً بل و المستعد لها مع عدم مقتضى لها غيره ، كالمتولد من الحرين ، فان رفع اليد من كلّ من الأبوين عن مقتضى تأثير إطلاق العقد الشركة يقتضي عدم لحوق المتولد منهما بكلّ منهما في الصفة ، وذلك لا يقتضي الرقية ، بل أقصاه نفي حريته من حيث التبعية ، أما حريته للأصل فهي باقية لم ترتفع بشيء بخلاف ما نحن فيه ، فان رفع يد الحر عن مقتضي ما أثبته العقد له من الشركة في الولد يقتضي اختصاص الآخر بالنماء فيتبعه في الملك حينئذ ، ففي الحقيقة صيرورته رقاً بالتبعية لا بالشرط ، و إنما أفاد رفع مقتضي الحرية الّذي كان حاصلاً بسبب إطلاق العقد ، بل عند التأمل الجيد لا يزيد ما نحن فيه على اشتراط مالك العبد على مالك الجارية كون النماء له وبالعكس الّذي قد ذكرنا أنه لا خلاف في صحته .

و دعوى منع صلاحية الشرط لذلك أيضاً ممنوعة ، فانه لا عقل و لا نقل يقتضي حرية المتولد بين الحر والمملوك على وجه ينافي الشرط المزبور ، بل لعلهما شاهدان على خلافه كما عرفت ، نعم أقصى ما دلت عليه الأدلة أنه مع الاطلاق يقتضي الشركة في الولد ، فيكون جزؤه حراً ، و قد عرفت غير مرة أن الحرية تسرى لبنائها على التغليب ، فمن هذه الجهة حكم بالحرية في النصوص المزبورة مع الاطلاق ، وهو المراد من قوله عليه‌السلام فيها: « ليس يسترق الولد » إلى آخره ، لأن المراد أنه لا يصح الاشتراط على الحر من مولى المملوك كون النماء له الّذي قد عرفت ظهور الأدلة في خلافه .

بل منه يعلم ما في كلام هؤلاء المتأخرين الّذين أقدموا على مخالفة الحكم المسلّم فيما بينهم بمثل هذه التشكيكات ، ضرورة أنه إن كان المانع أنّ الشرط غير صالح لاثبات النتائج من دون أسبابها فلا معنى لاثبات الرقية به ، ففيه بعد التسليم أنه كاشتراط كون النماء له في المملوكين وغيره ممّا جاء بالأدلة ، وإن كان المانع أنه شرط غير مقدور باعتبار أن رقية الولد ليست للأب كي يصح اشتراط ذلك عليه ، ففيه منع كون ما نحن فيه من هذا القبيل ، بل هو من اشتراط مولى المملوك أن النماء له ، فيتبعه في الملك ، وليس في العقل ولا في النقل ما يدلّ على عدم صحة اشتراط ذلك ، بل هما شاهدان لنا على الصحة ، و لا ينافيه استعداد النطفة للحرية لولا الشرط للتقريب الّذي ذكرناه ، فهو في الحقيقة اشتراط اسقاط ما اقتضاه اطلاق العقد من الشركة في النماء كغيره من الشرائط ، لا من اشتراط رقية الحرّ كي يكون من المستبشعات .

بل منه يعلم النظر في حصرهم الدليل في خبر أبي بصير (١) الّذي ناقشوا فيه بالضعف تارة ، وبكونه مقطوعاً في رواية التهذيب أ...

إلى إطلاق الروايات المعتبرة المعتضدة بفتوى الأ...

ينكر صراحتها في قابلية الشرط لحرية ...

وعكسه مما يصلح لاثباته بالشرط بال...

نافع ، مضافاً إلى ما تسمعه من النص...

عن اشتراط رقيّته .

و على كلّ حال فعلى القول ببطلا...

حرية الولد مع الوطء شبهة ، لعدم العلم ...

---

(١) الوسائل الباب -٣٠- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحد...

(٢) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

حينئذ لكونـه من الزنا المقتضي لعدم لحوق الولد ، فتبقى قاعدة تبعيّة النماء للملك سالمة حينئذ ، أمـا على القول بعدم اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد فلا ريب في ثبوت الحرية ، ضرورة كون العقد حينئذ كالمطلق ، وإن كان قد يقال : إنّ إقدام المالك على ذلك يقتضي إثبات القيمة له على الحر ، لكنه كما ترى .

أمّا على القول بصحة الشرط فلا إشكال في ترتب مقتضاه حينئذ ، بل في القواعد والمسالك وغيرهما أنه لا يسقط بالاسقاط و إنما يعود الولد إلى الحرية بسبب جديد كملك الأب له ، و فيه منع عدم صلاحية الشرط المزبور للاسقاط ، لتناول ما دلّ على صحة إسقاط مثله له ، فيعود حينئذ بعد الاسقاط إلى اقتضاء العقد الحرية بالتقريب الذي عرفته ، والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ إذا تزوج الحرّ أمة من غير إذن المالك ﴾ سابقاً ولاحقاً ﴿ ثمّ وطأها قبل الرضا عالماً بالتحريم ﴾ ولم يلحقه ثمّ رضاً ﴿ كان زانياً ﴾ قطعاً ﴿ وعليه الحد ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لا أن المراد قبل تبيّن الرضا مع احتمال حصوله ، إذ ذاك ليس بزنا قطعاً وإن أثم هو أيضاً به ، لكن من المحتمل مصادفته للزوجية واقعاً ، لاحتمال حصول الاجازة ، و الحدود تدرأ بالشبهات ، نعم يترتب عليه تعزير باقدامه المحرم عليه ، بل والحدّ أيضاً ، بناءً على أن الاجازة ناقلة ، لكن التحقيق أنهـا كاشفة كما عرفت في محله .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لا مهر ﴾ لها عند المصنف و بعض ﴿ إذا كانت عالمة مطاوعة ﴾ لأنها حينئذ ، بغي ، ولا مهر لبغيّ وليس منفعة البضع على حسب غيرها من الأموال التي تضمن بالاستيفاء على كلّ حال ، بل و كذا باقي الاستمتاعات ، ومن هنا لم يترتب عوض على من استمتع بأمة الغير بغير الوطء وإن ضمن الاجرة لو استخدمها ، و إنّما يضمن البضع خاصة في الأمة بالعقد أو الشبهة أو الاكراه .

لكن فيه ـ مضافاً إلى ماتسمعه من الصحيحين ـ (١) أن الخبر (٢) ظاهر في الحرة بقرينة ذكر المهر المتعارف إطلاقه على صداقها ، بخلاف عوض بضع الأمة المسمى بالعقر ونحوه ، ومن هنا سميت الحرة مهيرة دونها ، على أن قوله ﷺ(٣) «لبغي» يقتضي الملك أو الاستحقاق المنفيّين عن الأمة التي مهرها لسيدها ، فهو حينئذ قرينة ثابتة على إرادة الحرة من الخبر، ولو سلم إمكان إرادة الاختصاص نحو السرج للدابة فهو مجاز لاقرينة عليه ، مؤيداً ذلك كله بعدم صلاحية بغيها لاسقاط حق الغير، فان ذلك ليس عقوبة لها ، و بمنع عدم مالية بضع الأمة الذي لاوجه لقياسه على غيره من الاستمتاع لو سلم الحكم في المقيس عليه باعتبار عدم عدّه ما لا في العرف والشرع بخلاف الوطء المقابل به عرفاً وشرعاً .

هذا وفي وجوب المسمّى عليه أو مهر المثل أو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً وجوه بل أقوال لايخلو الأخير منها من قوة ، وفاقاً للمحكى عن ابن حمزة واختاره سيدا المدارك و الرياض على ماحكى عن أولهما، لصحيح الوليد بن صبيح (٤) عن الصادق عليه السلام في « رجل تزوّج امرأة حرة فوجدها أمة دلست نفسها له ، قال : إن كان الذي زوّجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد ، قال : قلت : كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟ قال : إن وجد ما أعطاها فليأخذه ، و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، وإن كان زوّجها أياه وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه ، و لمواليها عشر قيمة ثمنها إن كانت بكراً وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها ، قال : وتعتدّ منه عدّة الامة، قلت : فان جاءت منه بولد ، قال :

---

(١) الوسائل الباب-٣٥و٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ منهما.

(٢) سنن البيهقى ج ٦ ص ٦ .

(٣) لم نعثر على ما اشتهر « لامهر لبغى» وانما الموجود فى سنن البيهقى ج ٦ ص ٦ « نهى النبى ص عن ... مهر البغى» و « لا يحل .. ولا مهر البغى » و أنه « سحت » أو « خبيث » .

(٤) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالي » الظاهر في أن ذلك بسبب ما استوفاه من منفعة البضع الّتي لا فرق في كيفية استيفائها بزنا أو شبهة ، عقد أو شراء أو غيرذلك ، كما يؤيده فتوى المشهور بين الأصحاب في باب البيع أن من اشترى أمة فخرجت مستحقة للغير أغرم له ذلك ، حتّى أن المصنف نفسه أفتى به هناك ، بل ظاهرهم ماصرح به بعضهم هناك من عدم الفرق بين كون الأمة عالمة وغير عالمة إلاّ من الشهيد في الدروس .

واحتمال اختصاص ذلك بصورة الوطء شبهةً لا ما يشمل الزنا الّذي هو محل البحث بقرينة قوله عليه السلام : « بما استحل » يدفعه أولاً ظهور إرادة المقابلة من قوله عليه السلام : « بما استحل » لا خصوص الوطء بعنوان كونه حلالاً له ، نحو قول أبي جعفر عليه السلام في خبر زرارة (١) الّذي سئل عمن اشترى جارية ثمّ ظهر كونها مستحقة بالبينة « ترد إليه جاريته ويعوضه مما انتفع» بناء على إرادة ذلك منه ، على أن صحيح الفضيل بن يسار(٢) صريح في عدم مدخلية الاستحلال « سأل الصادق عليه السلام عما إذا أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها ، قال : لا ينبغي له ذلك قال : فان فعل أيكون زانياً ؟ قال : لا ولكن يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً وإن لم تكن بكراً فنصف العشر» بل من إطلاق الصحيحين يعلم الحكم في أصل المسألة ، و أنه لا مدخلية لبغيتها في سقوط حق المولى خصوصاً إذا كانت بكراً ، فانه ينبغي القطع بثبوت ذلك له .

و احتمال القول بخروجه عن محل البحث باعتبار كونه جنايةً على المملوك موجبة لنقصه فضمانه من هذه الحيثية لا من حيث كونه مهراً يدفعه معلومية كون العشر الّذي أثبته الشارع نصفه أرشاً للبكارة و نصفه من حيث الانتفاع بالوطء ، بقرينة قوله عليه السلام : « وإن لم تكن بكراً فنصف العشر » كما هو واضح بأدنى تأمل .

و منه يعلم الحكم فيما لوكان المتزوج بالأمة من غير إذن سيدها عبداً وكانت

---

(١) الوسائل الباب ـ٨٨ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ـ٣٥ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

بكراً ، فان الذي يتعلق برقبته نصف العشر وبذمته النصف الآخر، لكن في القواعد « إن قلنا : إنه أرش جناية تعلق برقبته فلابد أن يباع فيه ، وإن قلنا: إنه مهر تبع به بعد العتق » وفي كشف اللثام « الأقوى الأول خصوصاً بالنسبة إلى المولى ، وعدم ضمان الأرش بوطء الحرائر لأنه تابع للوطء ، فهو جناية مباحة كالاختتان والخفض » و فيه ماعرفت من أن الظاهر تحقق الجناية فيه والوطء، ولكل موجب كما عرفته .

بل منه يظهر أن ذلك تقدير شرعي لبضع الأمة في جميع أحوال استيفائه بغير العقد الصحيح من غير فرق بين الزنا وغيره، والعلم والجهل من الواطيء أو الأمة، للتعليل، و القطع بعدم الفرق في مورد الصحيحين وغيره كما اعترف به في الرياض ، فالصور الأربعة المذكورة في المسالك وغيرها متحدة بالنسبة إلى هذا الحكم كغيرها من صور وطء الأمة بغير العقد الصحيح ، والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال فلا إشكال في انها ﴿لو أتت بولد كان﴾ الولد ﴿رقا لمولاها﴾ لكونه نماء ملكه ، والفرض عدم العقد المقتضي لثبوت النسب ، فهو كولدها منه زناءً من غير عقد ، كما أنه لا إشكال في ضمانه أرش عيبها بالولادة إن تعيبت بها ، كما عن ابن حمزة التصريح به ، هذا كله فيمن وطأ بلا إذن عالماً بالتحريم .

﴿ و ﴾ أما ﴿ إن كان ﴾ أي ﴿ الزوج جاهلاً ﴾ بحرمة ذلك عليه ﴿أو كان هناك شبهة ﴾ وطأها بها بعد العقد كأن وجدها على فراشه ﴿ فلا حدّ ﴾ قطعاً لعدم تحقق موجبه ، و هو الزنا ﴿و وجب المهر﴾ الذي هو العشر إن كانت بكراً ، و نصفه إن كانت ثيباً عندنا وإن كانت هي غير مشتبهة ﴿ و كان الولد حراً ﴾ إجراءً للشبهة ـ و إن لم تكن عن عقد ـ مجرى العقد الصحيح في حصول النسب المقتضي للحرية على الوجه الذي ذكرناه . ﴿ لكن يلزمه قيمته لمولى الأمة ﴾ لكونه كالمتلف مال غيره بغير إذنه ، ضرورة كونه نماءً للجارية وتابعاً لها، كما أوضحناه سابقاً ، و وقت تقويمه ﴿ يوم سقط حياً ﴾ إذ مع السقوط ميتاً ليس بمال كما أنه

كذلك قبله أيضاً ، فأول أزمان تموّله الّذي قدحال بينه وبينه يومسقوطه ، فيفرد حينئذ بالتقويم في ذلك الوقت ، ويضمن له قيمته ، كما أوضحناه في باب البيع .

﴿ وكذا لوعقد عليها لدعواها الحرية ﴾ بالأصل أوبالعارض مع قيام بيّنة لها بذلك أو قرائن أفادت القطع به أو الظن مع القطع بكفايته في الاقدام على تزويجها جهلاً على وجه يعذر فيه أو نحو ذلك مما يكون به العقد والوطء شبهة بعد أن بان فساد دعواها ، فانه لاحدّ حينئذ قطعاً ، لعدم موجبه بعد فرض الشبهة، و ﴿ لزمه المهر ﴾ المسمّى في قول ضعيف ، ضرورة بتيّن فساد العقد المقتضى له من أصله لا من حينه ، كما عساه يتوهم من بعض العبارات ، ولا دليل يعتد به على لحوق عقد الشبهة بالصحيح بالنسبة إلى ذلك ، كما تقدم البحث في نظائره الّتي قلنا بوجوب مهر المثل فيها الّذي هو المتّجه هنا لولا الصحيح المزبور المعتضد بالصحيح الآخر .

﴿و﴾من هنا كان الأقوى ما﴿قيل﴾ من ﴿عشر قيمتها إن كانت بكراً، ونصف العشر إن كانت ثيباً ﴾ بل ظاهر قول المنصف ﴿وهو المروي﴾ (١) الميل اليه هنا و إن كان الظاهر عدم الفرق بين جميع أحوال وطء الأمة بغير العقد الصحيح المذكور فيه المسمّى كما عرفت الكلام فيه مفصلاً ، بل ظاهر الأصحاب الاتفاق هنا على عدم الفرق بين كونها بغياً وغير بغي ، بل في المسالك عن بعضهم دعوى إجماع المسلمين عليه ، وهو ممايؤيّد ماقلناه سابقاً من وجوب المهر لها وإن كانت بغياً ، ضرورة عدم الفرق المجدى بين الموضعين ، كما هو واضح.

﴿و﴾ على كلّ حال ف﴿لو كان دفع اليها مهراً استعاد ما وجد منه ، ﴾ لكونه باقياً على ملكه ، و تبعها بالتالف منه بعد العتق ، و يغرم للمولى ما يستحقه عليه ، كلّ على مختاره فيه ، حتّى أنه لوقلنا بكون اللازم له المسمى و فرض دفعها اليها و كان تالفاً وجب دفع مثله أوقيمته اليه ، لكونه مضموناً عليه حتّى يوصله إليه ، وقد بان أنّ الوصول اليها وصول إلى غير المستحق ، كما هو واضح .

(١) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

﴿و﴾ لو أولدت منه ﴿كان ولدها منه رقاً﴾ عند الشيخ وأتباعه ، بل في الحدائق أنه هو المشهور ، بل لعله خيرة المصنف بناءً على أن ذلك منه ، لا أنه مقول قيل ، فيكون منافياً لما اختاره سابقاً في شبهة الزوج بغير دعوى الحرية ، ولعله لخصوص النصوص (١) هنا .

لكن الأقوى عدم الفرق بين أفراد الشبهة في حرية الولد ، وفاقاً للمحكي عن المبسوط والسرائر ونكت النهاية ، للأصل ولظهور الأدلة في كونه كالعقد الصحيح في لحوق النسب المقتضي لحرية الولد على الوجه الذي قد عرفته سابقاً ، مضافاً إلى أصالة الحرية ، و أصالة عدم لحوق أحكام العبيد ، و إلى خصوص ما في ذيل صحيح الوليد بن صبيح (٢) الذي هو دليل المسألة ، ولا داعي إلى حمل ذلك فيه على الانكار دون الاخبار بقرينة الشرط فيه المحمول على إرادة تقرير موضوع الحكم بالحرية لا التعليقية ، أو على كون الأب قد ردّ ثمنهم الذي هو كما ترى ، المعتضد بصحيح محمد بن قيس (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوّج جارية رجل على أنها حرّة ثمّ جاء رجل آخر فأقام البينة على أنها جاريته ، قال : يأخذها ويأخذ قيمة ولدها » الظاهر في حرية الولد ، وإلّا كان الجائز له أخذها و أخذ ولدها ، بل وبالنصوص (٤) في الأمة المشتراة ثمّ بان أنها مستحقة للغير المتقدمة في كتاب البيع ، بناءً على عدم الفرق بين أفراد الشبهة ، بل وبموثق سماعة (٥) «سألت أبا عبدالله عليه السلام

(١) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الاماء .

(٢) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٨ عن محمد بن علي بن الحسين ، عن أبي جعفر عليه السلام ، الا أن الموجود في الفقيه ج ٣ ص ٢٦٢ - الرقم ١٢٤٦ « روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام ....»

(٤) الوسائل الباب -٨٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٥) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥.

عن مملوكة أتت قوماً وزعموا أنها حرّة فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولداً ثمّ إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة أوأقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع إلى مولاها هي و ولدها ، و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه ، قلت : فان لم يكن لأبيه ما يأخذ به ابنه ، قال : يسعى أبوه في ثمنه حتّى يؤديه ، ويأخذ ولده ، قلت : فان أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه ، قال : فعلى الامام أن يفديه ، ولا يملك ولدحر » فانه صريح في كون الولد حراً بناءً على ما في جامع المقاصد من أنه ضبطه المحققون بالوصف لا الاضافة ، فيكون المراد حينئذ أنه ولدحر والولدالحر لايكون مملوكاً ، فيجب على الأب أوالامام فداؤه .

ومنه يعلم حينئذ أن دفع القيمة ودفع الولد لمولى الجارية لا لكونه مملوكاً ، بل لاستحقاقه القيمة على الأب ، فمن الغريب استدلال بعضهم به على الرقية ، كالاستدلال عليها أيضاً بحسن زرارة (١) « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أمة أبقت من مواليها فأتت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرّة ، فوثب عليها رجل فتزوّجها ، فظفر بها مولاها بعد ذلك وقد ولدت أولاداً ، فقال : إن أقام الزوج البينة على أنه تزوّجها على أنها حرّة أعتق ولدها وذهب القوم بأمتهم ، وإن لم يقم البينة أوجع ظهره واسترق ولده » و موثق سماعة (٢) الآخر «سأله عن مملوكة أتت قبيلة غير قبيلتها فأخبرتهم أنهاحرّة، فتزوجها رجلمنهم، فولدتله، قال: ولده مماليك إلاّ أن يقيم البيّنة أنه شهدلها شاهدان أنهاحرّة فلايملك ولده ، ويكونون أحراراً » وموثق محمد بن قيس (٣) الآخر عن أبي جعفر عليه السلام « قضى علي عليه السلام في امرأة أتت قوماً فأخبرتهم أنها حرّة ، فتزوّجها أحدهم وأصدقها صداق الحرّة ، ثمّ جاء سيدها ، فقال : ترد عليه ، و ولدها عبيد » و ذلك لأن حسن زرارة ظاهر أوصريح في إرادة بيان أن الأصل تبعية النماء للجارية في المملوكية للسيّد حتّى يقيم البينة أنه تزوّجها حرّة مشتبهاً وإلاّ كان الولدرقاً، بل هوالمراد من موثق سماعة المزبور وإن كان قداقتصر

(١و٢و٣) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣-٢-٤ .

فيه على ذكر بعض أفراد الشبهة ، و هو إقامتها البينة ، بل منه يعلم المراد في موثق محمّد بن قيس، فليس شيء من هذه النصوص دالاً على رقية الولد في هذا الفرد من الشبهة ، بل حاله كحال غيره من أفرادها .

ومن ذلك يعلم ما في الجمع الّذى ذكره في الحدائق وأطنب فيه، وحاصله « إنه إن كانت الشبهة الحاصلة بشهادة الشاهدين لها على الحرية فأولادها أحرار من دون دفع قيمة ، لأنه أخذ بظاهر الشرع ، و إن كانت بدعواها العتق مثلاً مع ظهور قرائن تورث الظنّ بصدقها وتوهم الحل بذلك فأولادها أرقاء ، ولكن يفكّهم أبوهم بالقيمة ، لكونه ليس حلالاً صرفاً كشهادة الشاهدين حتّى يكون الولد حراً ، ولا زنا صرفاً حتى يكون رقاً ، بل كان شبهة فيه شائبة زنا ، فكان حكمه الرقية التى يكون للأب سلطنة على الفك جمعاً بين الشبهة وشائبة الزنا».

لكنه كما ترى لاشاهد له ولا مقتضى ، والعذر الشرعى ولو بينة لاينافي الضمان كما نطقت به النصوص (١) فيمن اشترى أمة فظهر أنها مستحقّة للغير . نعم هل يستحق الرجوع به على الشاهدين أو لا ؟ فيه بحث ستسمعه إنشاء الله وكأنه اخذ هذا الجمع ممّا عن النهاية قال: « إن عقد عليها على ظاهر الأمر بشهادة الشاهدين لها بالحرية و رزق منها أولاداً كان أولادها أحـراراً ، و إن عقد عليها على ظاهر الحال ولم تقم عنده بينة بحريتها ثمّ تبيّـن أنها كانت رقاً كان أولادها رقاً لمولاها ، و يجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمة ، وعلى الأب أن يعطى القيمة ، فان لم يكن له مال استسعى في قيمتهم ، فان أبى كان على الامام أن يعطى مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب ولا يسترق ولد حر » .

بل قد يرجع إلى ذلك كلامه في كتابي الأخبار ، بل في كشف اللثام حكايته عن المهذب أيضاً ، بل فيه وكذا في الغنية ، لكنه أوجب للسيد القيمة على الأوّل أيضاً ، و في الجامع ، إلا أنه لم ينص على الرقية في الثاني ، و في الوسيلة ، لكن جعل في حكم شهادة الشاهدين بالحرية تدليس مدلس عليه ، إلا أنه لايخفى عليك ما في

(١) الوسائل الباب -٨٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

الجمع بعد الاحاطة بما ذكرنا من أنه لا معارضة في شيء من هذه النصوص لما دل على الحرية كغيرها من أفراد الشبهة .

﴿و﴾ لكن صرح غير واحد بأنه يجب ﴿ على الزوج ﴾ الذي هو الأب ﴿أن يفكّهم بالقيمة و يلزم المولى دفعهم إليه ﴾ بمعنى أنه يضمن قيمة الولد للمولى ، لأنه كالمتلف لماله الّذي هو نماء ملكه و إن كان مشتبهاً ، لأن الاشتباه لا يرفع الضمان الّذي قد دلت عليه نصوص (١) الأمة المشتراة ثمّ ظهر أنها مستحقة ، و بعض نصوص المقام (٢) .

نعم الظاهر أنه لا سلطنة للمولى على الأولاد بناءً على الحرية ، فليس له حبسهم حتّى تدفع إليه القيمة ، و موثق سماعة (٣) المزبور لم أجد به عاملا على هذا التقدير، ضرورة نفي السلطنة على الحر ، وشغل ذمة الأب بالقيمة لايقتضي ذلك ومن هنا قال في المسالك بعد نقل قولي الحرية و الرقية : « و تظهر فائدة القولين مع اتّفاقهم على وجوب القيمة و الحرية بدفعها فيما لو لم يدفعها لفقر أو غيره ، فعلى القول بالحرية تبقى ديناً في ذمته ، و الولد حرّ ، وعلى القول الآخر يتوقّف على دفعها » .

فالواجب حمل قوله عليه السلام فيها : « تدفع هي و ولدها » على إرادة دفع قيمة ولدها كما أومأ إليه صحيح محمد بن قيس(٤) المذكور، و إلاّ كان مخالفاً للمسلمين فضلاً عن المؤمنين ، ضرورة عدم حبس الحرّ بدين غيره .

كما أن ما فيها من سعي الأب في الثمن مخالف للمختار من عدم وجوب سعي المديون في وفاء دينه الذي وجوبه مشروط بالمطالبة الّتي أسقطها الشارع بالاعسار و أوجب الانظار إلى الميسرة (٥) فهو في الحقيقة واجب مشروط ، و إخراج هذا

---

(١) الوسائل الباب ـ٨٨ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢ و٣) الوسائل الباب ـ٦٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ٠ـ٥ .

(٤) راجع التعليقة (الثالثة) من ص٢٢٣.

(٥) سورة البقرة : ٢ ـ الآية ٢٨٠ والوسائل الباب ـ٢٥ـ من أبواب الدين والقرض من كتاب التجارة .

الدين من بين الديون الّتي فيها أعظم منه كالغصب و السرقة و نحوهما كما ترى ، فيجب حمله على الندب ، كما احتمله في المسالك ، و ربما يومىء إليه عدم الأمر بالقهر عليه عند الامتناع عنه في ذيل الخبر المزبور ، و إلا كان من الشواذ على هذا التقدير ، فانا لم نجد عاملاً به .

كما لم نجد عاملاً به عليه أيضاً في تعيين القيمة و أنها يوم يصير إليه ، بل المعروف أنه قيمته يوم سقوطه حياً ، لأن ذلك أوّل وقت الحيلولة وكذا ما فيها من فداء الامام له ، مع أن الخطاب بالقيمة قد تعلق بذمة الأب .

و أغرب من ذلك ما عن النهاية من فداء الإمام له من سهم الرقاب ، و لذا اعترضه ابن إدريس فيما حكي عنه « بأن ذلك مخصوص بالعبيد والمكاتبين ، وهؤلاء غير عبيد و لا مكاتبين ، بل أحرار في الأصل انعتقوا لذلك ما مسهم رق أبداً ، لأنه عليه‌السلام قال: « ولايسترق ولد حر» وصفه بأنه حر، فكيف يشترى الحر من سهم الرقاب ؟ و إنما أثمانهم في ذمة أبيهم ، لأن من حقهم أن يكونوا رقاً لمولى أمهم لكن لمّا حال الأب بينهم و بينه بالحرية وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء أحراراً ، و هو وقت الحيلولة » و إن كان قد يدفع بأن الشيخ قد بنى ذلك على رقية الولد لا حريته ، وحينئذ يكون فداؤهم من سهم الرقاب في محله ، لعدم كون القيمة حينئذ في ذمة الأب وإن وجب عليه دفعها ثمناً لهم .

و في الحدائق « والعجب منه أنه وافق الشيخ في هذه الصورة على رقية الولد ، و أوجب السعي على أبيه في قيمته ، فكيف يوافقه على ذلك و يمنع فكّهم من سهم الرقاب ؟ لكونهم أحراراً ما مسهم رق أبداً لقوله عليه‌السلام في الخبر المزبور (١) : « ولا يملك ولد حر» . قلت : يمكن أن يكون ذلك منه شاهداً على إرادة التجوز من الرقية ، ويكون هذا وجه جمع بين القولين ، كما احتمله في كشف اللثام مستظهراً له منها ومن نكت النهاية ، وهو غير بعيد .

و على كل حال فالخبر المزبور بعد البناء على الحرية لابد من طرح هذه

---

(١) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥ .

الاحكام فيه ، أو تأويلها بما يرجع إلى القواعد الشرعية ، وإلاّ فانه من الشواذ، كما هو واضح ، ومن ذلك ظهر لك الحال فيما في المتن ونحوه .

بل ﴿ و﴾ مافيه من أنه ﴿ لولم يكن له﴾ أي الأب ﴿ مال سعى في قيمتهم، و إن أبى السعي فهل يجب أن يفديهم الامام ؟ قيل ﴾ و القائل الشيخ و من تبعه : ﴿ نعم تعويلاً على رواية ﴾ سماعة (١) و﴿ فيها ضعف ﴾ بناءً على أن الموثق من الضعيف . ﴿ و ﴾ لذا ﴿قيل : لايجب لأن القيمة لازمة للأب لأنه سبب الحيلولة﴾ بين المالك و الأولاد ، وفيه أنه بناءً على الرقية لامنافاة بين ذلك وبين فكّهم من سهم الرقاب .

﴿ ولو قيل بوجوب الفدية على الامام فمن أيّ شيء يفديهم ؟ قيل: من سهم الرقاب ﴾ كما سمعته من النهاية ﴿ و منهم من أطلق ﴾ و لعله أولى ، للاطلاق ولأن بيت المال معدّ لمصالح المسلمين التي هذه منها ، لكن لايخفى عليك أن ذلك كلّه غير متجه على ما اخترناه من الحرية .

و من الغريب ما عن الوسيلة من أنه «إن انقطع تصرف الامام أدى الأب عنه من جهات الزكاة ، فان فقد جميع ذلك بقي الولد رقاً حتّى يبلغ ويسعى في فكاك رقبته » فانّه لم نجد مايشهد له على ذلك ، و التحقيق ما عرفت .

نعم قد صرح في محكي السرائر برجوع الأب بالقيمة على شاهديها بالحرية اللّذين قد تزوجها بشهادتهما ، قال : « لأن شهود الزور يضمنون بشهادتهم بغير خلاف بيننا ، والاجماع منعقد على ذلك » وعن أبي الصلاح إذا تزوج الحرّ بأمة على أنها حرة فخرجت أمة فولدها لاحقون به ، و يرجع بقيمة الولد و الصداق على من تولّى أمرها ، و إن كانت هي التي عقدت على نفسها لم يرجع على أحد بشيء » .

قلت : لا ريب في اقتضاء قاعدة الغرور الرجوع على الغارّ بما أنفقه المغرور كما تسمعه إنشاءالله في بحث التدليس ، و ربماكان في خبري إسماعيل بن جابر إيماء

(١) الوسائل الباب ـ٦٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥.

إلى القاعدة المزبورة قال في أحدهما (١) : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها ، فقيل : هي ابنة فلان ، فأتى أباها ، فقال : زوجني ابنتك ، فزوّجه غيرها ، فولدت منه، فعلم أنها غير ابنته وأنها أمة، قال: تردّ الوليدة على مواليها ، و الولد للرجل ، و على الّذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه لموالي الوليدة ، كما غرّ الرجل و خدعه » و قال في الآخر (٢) لأبي عبدالله عليه السلام أيضاً : « رجل كان يرى امرأة تدخل على قوم و تخرج فسأل عنها ، فقيل : إنها أمتهم واسمها فلانة ، فقال لهم : زوّجوني فلانة ، فلمّا زوّجوها عرّفوه أنها أمة غيرهم ، قال: هي وولدها لمولاها ، قلت : فجاء إليهم فخطب إليهم أن يزوجوه من أنفسهم ، فزوّجوه وهو يرى أنها من أنفسهم فعرّفوه بعد ما أولدها أنها أمة ، قال: الولد لهم، وهم ضامنون قيمة الولد لمولى الجارية ، ولابأس به » بل ربما يقال : بضمان الجارية ذلك لوكانت هي الغارة ، فتتبع به بعد العتق ، وكان المراد بالضمان قراره ، لما عرفت في محله أن المغرور لا يستحق الرجوع إلا بعد الدفع ، والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾

﴿ إذا زوّج عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله ؟ قيل ﴾ و القائل الشيخان و ابنا حمزة و البراج و أبو الصلاح : ﴿ نعم ﴾ يجب لصحيح ابن مسلم (٣) عن الباقر عليه السلام « سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يجزؤه أن يقول: قد أنكحتك فلانة و يعطيها ماشاء من قبله أو من مولاه ، ولومداً من طعام أو درهماً » و حسن الحلبي (٤) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « الرجل كيف ينكح عبده

(١) الوسائل الباب -٧- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٧ .

(٣) الوسائل الباب -٤٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ مع اختلاف يسير.

(٤) الوسائل الباب -٤٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

أمته ؟ قال: يقول: أنكحتك فلانة و يعطيها ماشاء من قبله أو من قبل مولاه ولومداً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك ».

﴿و﴾ لكن مع ذلك ف﴿الاستحباب أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده وأشهر بل المشهور سيما بين المتأخرين و متأخريهم للأصل وعدم تصور استحقاقه لنفسه على نفسه ، ضرورة أن مهر الأمة لسيدها ، كعدم تصوره استحقاق ماله عليه مالاً ، بل التسامح في الخبرين المزبورين في تقديرذلك أوضح قرينة على الاستحباب ، بل صراحتها بعدم ذكره مهراً في النكاح شاهد آخر عليه أيضاً ، ومنه يعلم شذوذهما لو اُريد الوجوب ، ضرورة كون القائل بالوجوب يجعله مهراً كما هو صريح النهاية والمحكي عن غيرها ، فظاهرالخبرين لم يقل به ، كما أن ظاهر القائلين لم يوافقه خبر .

و لا فرق في المختار بين القول بأن نكاح العبد تحليل أو عقد ، فما عساه يظهر من بعضهم من بناء هذه المسألة على ذلك لاوجه له ، والتحقيق فيها أنه عقد ، لا طلاق النص (١) والفتوى خلافاً لابن إدريس، فتحليل لعدم الحاجة فيه إلى قبول، و للاكتفاء بأمر المولى بالاعتزال في فسخه ، و لو كان عقداً لاحتاج إلى طلاق من العبد الآخذ بالساق ، و دعوى كون هذا الأمر طلاقاً يدفعها عدم اعتبار ما يعتبر في الطلاق فيه ، وفيه منع عدم الحاجة فيه إلى قبول، والخبران إنما كان السؤال فيهما عن كيفية إنكاح المولى العبد أى ما يتعلق بالمولى من الايجاب ، لا أن المراد كفاية ذلك من دون قبول لا من العبد ولا من السيد الذى هووليه ، بل لعل دلالته على القبول أوضح ، كما في كشف اللثام ، للفظ الانكاح ، و اجتزىء به عن ذكر القبول ، لظهوره فحينئذ يبقى ما دل على اعتبار العقد به في النكاح بحاله .

ومن ذلك يعلم ما في القواعد من الاشكال في ذلك ، قال فيها: « ولو زوج عبده أمته ففى اشتراط قبول المولى أو العبد اشكال ينشأ من أنه عقد أو إباحة » إذ قد عرفت أن الأول هو الموافق للأصل والاحتياط في الفروج، والظاهر من الأصحاب

---

(١) الوسائل الباب ـ٤٣ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ٥ـ .

و الأخبار ، بل هو صريح بعض الأصحاب أيضاً كما اعترف بذلك كلّه في كشف اللثام ، بل ربما ظن من صحيح عليّ بن يقطين (١) عدم جواز التحليل للعبد ، « سأل الكاظم عليه‌السلام عن المملوك يحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ، قال : لا يحل له » و إن كان الأقوى خلافه كما تعرفه من النصوص (٢) الدالة على جواز التحليل له ، واحتمال كون المراد من الخبر أن مطلق الاذن له في ذلك لايكون نكاحاً ، بل لا بدله من إنشاء عقد أو تحليل ، بل لعله الظاهر منه .

وعلى كل حال فلاريب في كون الأقوى ماعرفت ، ولا يلزمه عدم الفراق إلاّ بالطلاق ، فان نكاح المتعة عقد ، ويحصل فراقه بغير الطلاق .

بل مما ذكرنا يعلم ما في المحكي عن المختلف من التزامه بعدم الحاجة إلى القبول ، معللاً له بكونه ممن لا يملكه ، لجواز إجباره عليه ، إذ فيه أن ذلك لايقتضي عدم القبول اللفظي المحقق للعقد ولو من السيد كباقي أفراد المولّى عليهم ، فالتحقيق اعتباره في صحةالعقد ، بل تحققه من العبد باذن السيد أو من السيد ، و كذا الايجاب من الأمة باذنه أو منه ، فان كلاً منهما إذا حصل كفى .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿لو مات﴾ السيّد ﴿كان الخيار للورثة في إمضاء النكاح وفسخه﴾ لانتقال ماكان للسيّد إليهم ، ﴿ ولاخيار للأمة﴾ الباقية على الرقية وإن تغير المالك ، كما هو واضح .

(١) الوسائل الباب -٣٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب -٣٣- منأبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ والباب-٣٥- منها الحديث ١ والباب -٢٢- منها الحديث ١ و٢ و٨ .

المسألة « الخامسة »

« إذا تزوّج العبد بحرة مع العلم » لها « بعدم الاذن » له من السيّد في ذلك «لم يكن لها مهرولا نفقة مع علمها بالتحريم » قطعاً لكونها بغيّاً حينئذ و لخبر السكوني (١) عن الصادق عليه السلام قال : «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : أيّما امرأة حرة زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق لها» .

نعم قيل كما في كشف اللثام وغيره لاحدّ عليها ، و ربما كان ظاهر اقتصار المصنف وغيره على ماعداه ، ولعل وجهه أنه شبهة بالنسبة إليها باعتبار نقصان عقلها و عدم مخالطتها لأهل الشرع ، فيكفي العقد شبهة لها ، و بذلك يفرّق بينها و بين الحر إذا تزوّج أمة غير مأذونة عالماً بحرمة ذلك عليه ، كما أنه قد يفرّق بينها وبين ما إذا تزوّجت حراً بعقد فعلم فساده بأن هذا العقد فضولي تجوز فيه إجازة المولى ، ويؤيّده مافي الأخبار (٢) من أنه « لم يعص الله وإنما عصى سيده » وحسن منصور بن حازم (٣) عن الصادق عليه السلام « في مملوك تزوج بغير إذن مولاه أعاص لله ؟ قال : عاص لمولاه ، قلت : حرام هو ، قال : مازعم إنه حرام ، وقل له : أن لا يفعل إلاّ باذن مولاه » .

إلاّ أن الجميع كما ترى ، بل لعل اقتصار المصنف وغيره إتكالاً على معلومية ذلك، ضرورة صدق كونها زانية ، والشبهة العرفية منتفية بالفرض ، والشرعية لادليل عليها ، و نقصان عقلها وعدم مخالطتها لأهل الشرع لايقضي بذلك بعد فرض علمها بالتحريم ، كما أن توقع الاجازة لايقضى به أيضاً ، وإلاّ سقط الحدّ عنها بتزوجها حرّاً مولى عليه فضولاً مع تمكينها من وطئه إياها و لم تحصل الاجازة بعد ذلك ،

---

(١) الوسائل الباب -٢٤- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب -٢٤- من أبواب نكاح العبيد و الاماء .

(٣) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

بل كان المتّجه سقوطه عن الحر الذي يتزوج أمة من غير اذن مولاها فضولاً ووطأها ثمّ لم تحصل الاجازة، فانه لااشكال عندهم في ثبوت الحدّ عليه فيما تقدم ، نعم الظاهر عدم تعجيل الحدّ عليه قبل تعرّف عدم الاجازة ، لاحتمال حصولها، وهكذا في كلّ فضولي ، فانه لاشبهة في الواقع في كونه وطء أجنبية مثلاً أو زوجة إلا أنا لا نعلم إلا بعد حين ، فحاله حينئذ كمن وطأ امرأة في ظلمة مثلاً لا يعلم أنها زوجته أو غير زوجته عالماً بحرمة ذلك عليه ، ثمّ بان أنها غير زوجته ، فان الظاهر ثبوت الحدّ عليه ، لاقدامه على وطئها أجنبية وكانت كذلك في الواقع ، وليس هذا معنى الشبهة الدارئة للحد ، كما هو واضح ، وخبر « لم يعص الله » إلى آخره و نحوه يراد منه أن عقده مستعد للصحة بالاجازة لذلك ، كما عرفته في محله ، و إلا فقد ورد في النصوص (١) في الأمة إذا تزوجت بغير إذن مولاها فهي زانية ، كما أومأ إليه الامام عليه السلام هنا بنفي الصّداق لها، إذ هو ليس إلا لكونها بغياً حينئذ، فتأمّل جيدا .

﴿و﴾ من ذلك يعلم أنه متى فعلت ذلك ﴿كان أولادها منه رقاً﴾ لمولى العبد بلاخلاف، بل في كشف اللثام نسبته إلى قطع الأصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه كغيره ، ضرورة انتفاءهم عنها بالزنا الذي لايثبت معه نسب، فيبقى أصل تبعيّة نماء المال للمال المقتضي لكون الولد رقاً للمولى على حاله ، نعم ربما أشكل ذلك بأنه مناف لما عندهم من أن العبد إذا زنى بحرة كان الولد حراً ، ضرورة إطلاق كلامهم في المقام رقية الولد عدم الفرق بين علم العبد بحرمة ذلك عليه و عدمه ، وليس هو في الأوّل إلا زناً، واحتمال تخصيص كلامهم بالثاني معلوم عدمه ، وقد يدفع بأن ذلك كذلك أيضاً لو لا خبر العلاء بن رزين (٢) عن الصادق عليه السلام « في رجل دبّر غلاماً فأبق الغلام فمضى إلى قوم ، فتزوّج منهم و لم يعلمهم أنه عبد ، فولد له أولاد و كسب مالاً ومات مولاه الذي دبّره فجاءه ورثة الميت الذي دبّر العبد فطلبوا العبد، فما ترى؟ قال: العبد وولده لورثة الميت ، قلت: أليس قد دبّر العبد ؟ قال: إنه لما أبق

(١) الوسائل الباب -٢٩- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

هدم تدبيره ورجع رقاً » الشامل لصورتي علم العبد بحرمة ذلك عليه و عدمه ، و من هنا فرّق بينه و بين الزنا الذي لاعقد فيه الذي لامقتضى لجهة الشركة فيه إلا قاعدة النمائية التي هي في الاُم متحققة عرفاً ، كسائر الحيوانات ، هذا كله في الحرة العالمة .

﴿و﴾ أما ﴿ لو كانت جاهلة ﴾ بكونه عبداً أو بحرمة ذلك عليها فلا حدّ عليها قطعاً للشبهة و ﴿كانوا﴾ أي أولادها منه ﴿ أحراراً ﴾ وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة اجراءً للشبهة مجرى الصحيح الذي قد عرفت تبعية الولد فيه للحر الذي هو أشرف الأبوين ، سواء كان العبد مشتبهاً أولا، نحو الاُمة التي دلست نفسها فتزوجها الحر مشتبهاً ، فان أولادها منه أحرار نصاً (١) وفتوى كما عرفته فيما تقدم ، وخلافاً للمحكي عن المفيد ، من الحكم بكونهم رقاً ، ولعله لاطلاق الخبر المزبور (٢) وتبعه في الحدائق لذلك ، لكن لا يخفى على من أحاط خبراً بما ذكرنا في نصوص الأمة (٣) ـ من كون المراد الحكم بالملكية التي هي مقتضى قاعدة نماء المملوك المتزوّج بغير إذن حتّى تقوم البينة للحر بكونه مشتبهاً كي يلحق به الولد ، فان احتمال الشبهة غير كاف في ذلك و إن كفت في درء الحد ـ أن المراد من الخبر المزبور هنا أيضاً ذلك قطعاً ، لا أن المراد كون الولد رقاً حتّى لو علم كون الحرة مشتبهة المخالف لقاعدة إجراء الشبهة مجرى الصحيح في لحوق الأولاد في كلّ مقام وكون المفروض في الخبر عدم إعلام العبد بالاباق لا يحقق الشبهة ، كما هو واضح ﴿و﴾ حينئذ فلاريب في كون أولادها أحراراً للشبهة .

بل الظاهر أنه ﴿ لايجب عليها ﴾ هنا ﴿ قيمتهم ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، للأصل بعد اختصاص الدليل بالحر المتزوج أمة شبهة ، وحرمة القياس خصوصاً مع إمكان إبداء الفرق بين المقامين ، أللهم إلا أن يقال: إن غرم القيمة هناك ليس إلا للحيلولة بين المالك و نماء ملكه المشترك بين المقامين ، وفيه أن ذلك تعليل بعد

---

(١) الوسائل الباب ـ٦٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ـ٢٨ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ـ٦٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ٠ـ .

النص ، على أن قاعدة النماء قد عرفت كونها في الاُم دون الاُب كما في سائر الحيوانات ، ولذا غرم الحر في إتلاف نماء الاُم بخلاف الحرة ، فتأمّل .

﴿و﴾ على كلّ حال ففي الفرض ﴿ كان مهرها ﴾ المسمى أو مهر المثل ﴿ لازماً لذمة العبد إن دخل بها ﴾ ضرورة كون الوطء محترماً ، ومتى كان كذلك لم يخل من مهر ، ولكن حيث كان العبد غير قادر على شيء فهو معسر حينئذ ومن هنا كان المتجه أنها ﴿ تتبع به إذا تحرر ﴾ هذا إذا لم يجز المولى ، وإلاّ كان اللازم المسمى تطالب به السيد، لما عرفت من أن مهر العبد المأذون على مولاه كنفقة زوجته وذلك كله واضح بعد الاحاطة بما قدمنا في المباحث السابقة .

المسألة ﴿ السادسة ﴾

﴿ إذا تزوج عبد بأمة لغير مولاه فان أذن الموليان ﴾ سابقاً أو لاحقاً ﴿ فالولد لهما ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لما عرفته سابقاً من كون ذلك مقتضى العقد ، من غير فرق في ذلك بين حصول الولد منهما قبل الاذن أو بعده ، وبين علمهما بالتحريم وعدمه ﴿ وكذا لو لم يأذنا ﴾ بلا خلاف أيضاً ولا إشكال بعد ما عرفت سابقاً من الحكم برقية ولد الأمة المزوجة بغير إذن في النصوص (١) السابقة الّتي لا يضر فرض كون المتزوج بها حراً في بعضها، وبرقية ولد العبد المتزوج بغير إذن سيده في خبر رزين (٢) السابق المعتضد بالفتوى .

بل ظاهر إطلاق المصنف وغيره عدم الفرق في ذلك بين علمهما بالتحريم وعدمه ، وإن كان ربما توهم الاشكال فيه بأنه متجه في صورة الجهل ، للشبهة الجارية

(١) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٣ و ٤ و ٦ و ٧ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ و هو خبر علاء بن رزين .

مجرى العقد الصحيح المقتضي للشركة ، دون صورة العلم التي هي من الزنا الـذي ستعرف فتوى الأصحاب بكون الولد لمولى الأمة ، و من هنا قيّد بعض الناس موضوع المسألة في غير المأذونين بالجاهلين، إلاّ أنه لايخفى عليك مافيه ، لماعرفت سابقاً من الفرق بين الزنا و العقد و إن كان معلوم الفساد لهما ، لخبر رزين (١) السابق المفروض فيه علم العبد بعدم إذن المولى له عالماً بالحكم مع ذلك أولا فالمتجه حينئذ إبقاء إطلاق الأصحاب على حاله ، ودليله مادل من النصوص(٢) على أن نكاح الأمة من غير إذن مولاها مقتض لرقية الولد ، ونكاح العبد من غير إذن مولاه مقتض لرقيّة الولد ، من غير فرق بين علمهما و بين اشتباههما ، فمع فرض عدم الاذن لكل منهما اتّجه حينئذ الاشتراك إعمالاً للسببين معاً بعد معلومية امتناع تعدد المالك للمال الواحد ، نعم لو حصل اشتباه من حر أو حرة اقتضى ذلك حرية الولد إلحاقاً له بأشرف الأبوين ، و تغليباً لجانب الحرية كما سمعته في نصوص (٣) الأمة التي دلست نفسها فتزوجها حر مشتبهاً و سمعته أيضاً في العبد الذي تتزوجه الحرة مشتبهة .

﴿و﴾ من ذلك يعلم الحكم فيما ﴿لو أذن أحدهما﴾ خاصة دون الآخر، وأنه متى تحقق ذلك ﴿كان الولد لمن لم يأذن﴾ منهما، لا لأن الآذن قد أسقط حقه لاذنه، لاحتمال تزوّج المملوك حراً ، لا مكان المناقشة فيه بعدم اقتضاء الاذن ذلك ، ولذا لو كانا معاً مأذونين اشترك الولد بينهما ، و بامكان فرض اختصاص تزوّج المملوك ، بل لما عرفته من اقتضاء عدم الاذن في نكاح العبد والأمة رقية الولد

(١) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ و هو خبر العلاء بن رزين .

(٢) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٣ و ٣ و ٦ و ٧ .

(٣) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ و٢ و٥ و٨ .

بالنصوص (١) التى سمعتها إلاّ إذا عارض ذلك شبهة حر ّ، لغلبة جهة الحرية حينئذ جهة الملكية ، أما الاذن فلا يقتضي ملكيته إلاّ إذا صادفت إذناً من آخر أوشبهة ، فيختص الملك حينئذ فيالفرض بغير الاذن ، لانحصار مقتضى الملكية أعني عدم الاذن به دونالآخر الذى لا دليل على اقتضائه الملكية فيالفرض ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، خصوصاً خبر رزين (٢) الشامل باطلاقه تزوّج الآبق حرّة أوأمة مأذونة، وخصوصاً نصوص الأمة الآبقة (٣) التى دلست نفسها فتزوّجت حراً التي قد عرفت اختصاص مولاها بالولد إلاّ إذا كان الحرّ مشتبهاً ، فانّ الشبهة حينئذ تعارض مقتضى الملكية وترجّح عليها ، لاقتضائها الحرية المبنية علىالتغليب .

ومن ذلك ينقدح شيء لم يتعرض له الأصحاب ، وهو أن ذلك كلّه من حيث الاذن وعدمه ، أما إذا كان فيالعبد المأذون جهة تقتضيالملكية غير عدمالاذن كالشبهة مثلاً فأنّالمتجه حينئذ الاشتراك فيالولد ، عملاً بمقتضى عدمالاذن ومقتضى الشبهة ، ولا ينافي ذلك إطلاق الأصحاب الولد لمن لم يأذن المعلوم كون المراد به من حيث الاذن و عدمها لا إذا كانت جهة أخرى تقتضى الملكية ، نعم الظاهر أنه لا مدخلية لتعدد جهات الملك في أحدهما و اتحادها في آخر ، كما لو فرض الشبهة أيضاً فيغيرالمأذون وفيالمأذون الشبهة خاصة، فانّ الأوّل قدتعدد فيه مقتضيالملكية، وهو عدمالاذن والشبهة، بخلاف الثاني، فانّ الشبهة خاصة، إلاّ أنّالظاهر التشريك بينهما بالنصف ، لعدمالفرق بين اتّحاد الجهة وتعددها في ذلك .

ولو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن مولى المختص وأحدهما دون الآخر ففى القواعد الاشكال فيه ، ولعله من إطلاق الفتوى بأنّالولد لمن لم يأذن واشتراك العلة، و من أنّ الأصل تبعية النماء للملك ، خرج منه موضع اليقين ، و هو ما إذا اتحد

(١) الوسائل الباب - ٢٨ - منأبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ والباب-٦٧- منها الحديث ٣ و ٦ و٧ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ و هو خبر العلاء بن رزين .

(٣) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الاماء .

المالك فالباقي على أصله ، لكن قدعرفت ما يقتضي صحّة الوجه الأوّل ، فيختص حينئذ بالنماء وإن ضعف جزؤه .

ولوفرض كون العبد والأمة مشتركين فأذن أحدالشريكين في كلّ منهما دون الآخر في كلّ منهما أيضاً كان الولد مشتركاً بين من لم يأذن من الشركاء و إن ضعف جزؤهما ، هذا كلّه في النكاح .

﴿و﴾ أما ﴿ لوزنى بأمة غير مولاه كان الولد لمولى الأمة ﴾ من غيرخلاف ولا إشكال ، لعدم العقد المقتضي للتشريك ، فلم يكن إلاّ قاعدة النمائية ، و هي متحققة عرفاً في الأم دون الأب نحو الحيوانات .

كما أنه لوزنى بحرة كان الولد حراً بلا خلاف أيضاً ولا إشكال ، لعدم العقد المقتضي للتشريك والنمائية في الأم المفروض كونها حرّة ، فيتبعها في ذلك ، مضافاً إلى أصالة الحرية .

أما العكس بأن زنى الحرّ بأمة كان الولد رقاً ، لعدم العقد أيضاً ، و قاعدة النماء في الأم ، ولا يشكل ما ذكرناه بالحرّة الّتي تزوّجت عبداً غير مأذون عالمة بالتحريم ، لما عرفته من الدليل المخصوص في النكاح دون الزنا كما أوضحناه سابقاً .

ولواشتبه العبد والأمة بلا نكاح فحصل ولد بينهما فالظاهر التشريك إجراءً للشبهة مجرى الصحيح .

ولوكانت الأمة مشتبهة والعبد زانياً فالولد لمولى الأمة قطعاً ، لقاعدة النمائية والمشبهة .

أماالعكس فيحتمل التنصيف إعمالاً للشبهة المقتضية الملك للمشتبه، وللنمائية المقتضية الملك لمولى الأمة ، فيثبت التنصيف جمعاً بين السببين ، ويحتمل اختصاص الولد بمولى العبد المشتبه الّذى هو أشرف لجهة الاشتباه ، و لرجحان جهة الاشتباه على قاعدة النمائية ، و لذا ثبت التشريك في حال اشتراكهما في الاشتباه المقتضي للتشريك بينهما ، فمع فرض اختصاص الاشتباه بأحدهما يختص بحكم العقد دون

غيره ، نحو اشتباه الحرّة أوالحرّ من طرف دون آخر، وقد يحتمل اختصاص مولى الأمة ، لقاعدة النمائية ، ولكنه كماترى .

ولو اشتبه العبد فوطأ حرّة مشتبهة أيضاً كان الولد حراً قطعاً، أما لو كانت زانية فالولد لمولى العبد إجراءً لحكم الشبهة مجرى الصحيح في حقّ العبد خاصة ، وقد ظهر بذلك كلّه الحال في جميع شقوق المسألة على وجه لم نسبق اليه بحمدالله تعالى .

المسألة ﴿ السابعة ﴾

﴿ لوتزوّج أمة بين شريكين ثمّ اشترى الزوج حصة أحدهما بطل العقد و حرم عليه وطؤها ﴾ مع عدم رضا الشريك الآخر بلاخلاف ولا إشكال ، لعدم التبعيض في أسباب النكاح ابتداءً و استدامةً للأصل و لظهور الآية (١) في ذلك وموثق سماعة (٢) « سألته عن رجلين بينهما أمة فزوّجاها من رجل ثمّ إنّ الرجل اشترى بعض السهمين ، قال : حرمت عليه باشترائه إياها ، و ذلك أن بيعها طلاقها إلاّ أن يشتريها من جميعهم » ﴿و﴾ من ذلك يعلم أنه ﴿ لو أمضى الشريك الآخر العقد بعدالابتياع لم يصح ﴾ ضرورة عدم تأثير الامضاء فيالعقد بعد بطلانه ، ولوفرض بقاؤه علىالصحة للأصل لم يحتج الى إمضائه ، ضرورة صحته بالأصل باذنه .

﴿و﴾لكن مع ذلك ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ والقاضي فيالنهاية و محكي المهذب : ﴿يجوز له وطؤها بذلك﴾ الامضاء ، قال فيالنهاية : « وإذا تزوّج الرجل أمة بين شريكين ثمّ اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه ، إلاّ أن يشترى النصف الآخر أويرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً» ﴿وهو﴾ كماترى

---

(١) سورةالمؤمنون : ٢٣- الاية ٦ .

(٢) الوسائل الباب -٤٦- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٢ .

﴿ ضعيف ﴾ جداً ، إذ لا حاجة لا جازته ثانياً عقدالنكاح المتقدم بعد أن كان المفروض وقوعه أوّلاً باذنه إن صحّ العقد على أمة مشتركة بين الزوج وغيره، وإلاّ لم يفد ، و إن كان يريد الرضا بالعقد جديداً ففيه أنه إن صحّ العقد على مثلها لم يكن لبطلان المتقدم وجه ، و من هنا حمله المصنف في محكي نكته على النهاية على الرضا بعقدالبيع للنصف الآخر، وذكر أن «أو» من سهوالناسخ أوبمعنى الواو ، و هو و إن كان بعيداً إلاّ أنه أقرب من حمله على ظاهره الذى لا ينبغي نسبته الى من له أدنى معرفة بالفقه فضلاً عن شيخ الطائفة .

نعم يمكن أن يكون أولى من ذلك حمله على إرادة الرضا بالاباحة الذي ذكره المصنف بقوله: ﴿ ولو حللها له ﴾ أي الشريك ﴿ قيل: تحل ، وهو مروى ﴾ صحيحاً في الكافي والتهذيب في باب السرارى و ملك الأيمان عن محمد بن قيس (١) ، عن أبي جعفر عليه السلام ، وفي الفقيه عن محمد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام أيضاً قد عمل به ابن إدريس وجماعة ، منهم الشهيد في اللمعة و فاضلا الكشف والرياض ، قال : « سألته عن جارية بين رجلين دبّراها جميعاً ثمّ أحل أحدهما فرجها لشريكه ، قال : هي له حلال ، وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي قد مات و نصفها مدبّراً قلت : إن أراد الثاني منهما أن تمسها أله ذلك ؟ قال : لا ، إلاّ أن يثبت عتقها ويتزوجها برضاً منها متى ما أراد ، قلت له : أليس قد صار نصفها حراً وقد ملكت نصف رقبتها ، والنصف الآخر للباقي منهما ؟ قال: بلى ، قلت: فان هي جعلت مولاها في حل من فرجها له ذلك ، قال: لايجوز ذلك، قلت: ولـِمَ لايجوزله ذلك وقد أجزت للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها ؟ قال: إن الحرة لاتهب فرجها ، ولا تعيره ، و لا تحلله ، ولكن لها من نفسها يوم و للذي دبّرها يوم ،.فان أحب أن يتزوجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قلّ أو كثر » و هو صريح في المدعى أوّلاً وآخراً .

(١ و ٢) الوسائل الباب -٤١- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

بل ربما أيد بأنها قبل التحليل محرّمة وإنما حلت به ، فالسبب واحد ، وفيه أنه حينئذ يكون تمام السبب لا السبب التام في الاباحة ، ضرورة اختصاص التحليل بحصّة الشريك لا بالجميع ، و تحقق المسبب عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير سبباً تاماً ، أللهم إلا أن يريد باتحاد السبب بناءً على التحليل من ملك اليمين كون الوطء حينئذ بالمتحد و إن اختلفت جهة ذلك بملك الرقبة في النصف والمنفعة في النصف الآخر .

لكن مع ذلك ردّه في النافع والمسالك و غيرهما بالضعف الّذي قد يشعر به هنا نسبته الى الرواية ، و لعلهم لحظوا رواية الشيخ له في أوّل كتاب النكاح عن محمّد ابن مسلم (١) بطريق فيه عليّ بن الحسن بن الفضال ، و هو ـ مع أنه ليس ضعيفاً ، لكونه من الموثق الّذي قد ثبتت حجيته في الأصول ـ قد عرفت روايته صحيحاً .

﴿و﴾ من هنا يظهر لك النظر فيما ﴿قيل﴾ من أنه ﴿لا﴾ يجوز ، بل لعله المشهور ﴿لأن سبب الاستباحة لا يتبعض﴾ فانه ـ بعد تسليم كون ما نحن فيه من ذلك ـ كالاجتهاد في مقابلة النص الصحيح الصريح الّذي لا يقصر عن تقييد ما يقتضي عدم الجواز من الأصل وقاعدة التبعيض ، فلاريب في أن المتّجه العمل به، بل عن ابن حمزة أنه إذا هاياها مولياها فتمتع بها أحدهما في يوم الشريك باذنه جاز ، لفحوى الصحيح السابق الّتي لا ينافيها بعد فرضها أن المهاياة إنما تتعلق بالخدمة دون العين والبضع ، فتأمّل .

﴿وكذا لو ملك ، نصفها وكان الباقي حراً لم يجز له و طؤها بالملك ولا بالعقد الدائم﴾ اتفاقاً لتبعض السبب ، ولا بالمنقطع في غير محل النص كذلك و لا بالتحليل المختص جوازه بالمولى دون المرأة نفسها كما سمعت التصريح به في الصحيح ، ﴿و﴾ لاريب في عدم جوازه ، نعم ﴿إن هاياها على الزمان قيل﴾ كما عن الشيخ وجماعة : ﴿يجوز أن يعقد عليها متعة في الزمان المختص بها﴾ لكونها

---

(١) أشار الى هذا السند فى الوسائل فى الباب -٤١- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ وذكره فى التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ الرقم ١٠٦٧ .

كالاجارة في كون موردها المنفعة المفروض اختصاصها به في هذا الزمان ﴿و﴾ مع ذلك ﴿هو مروي﴾ في الصحيح (١) الذي سمعته . ﴿و﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ عند المصنف لذلك و ﴿ لما ذكرناه من العلة ﴾ و هو لزومه تبعيض السبب ، فانها لم تخرج بالمهاياة عن ملك المولى ، على أن منافع البضع لا تعلق لها بالمهاياة و إلا لحل لها المتعة بغيره في أيامها ، و هو باطل اتفاقاً على ما في المسالك و محكي نهاية المرام ، إلا أنا لم نتحققه ، و على تسليمه ينبغي اختصاص المنع به ، لا الاعم منه و من المولى الذي جوازه صريح النص الصحيح القابل لتقييد دليل عدم الجواز ، ومن هنا كان العمل به متجها خصوصاً بعد ظهور توهم الضعف ممن رده إلا أن الانصاف عدم ترك الاحتياط ، والله العالم .

﴿ و من اللواحق ﴾

في نكاح الاماء ﴿ الكلام في الطوارىء ﴾ على عقد الأمة الموجبة حكماً لم يكن قبلها من التسلط على الفسخ والتحريم في بعض الموارد ﴿ و ﴾ من هنا كان تسميتها بالطوارىء أولى من المبطلات، ضرورة عدم إبطالها في جميع الأحوال ، نعم ﴿هي﴾ كثيرة لكن خص المصنف منها ﴿ثلاثة : العتق والبيع والطلاق ﴾ لكثرة مباحثها وتشعب أحكامها مع ذكر الغير في ضمنها أوفي محل آخر يناسبه والأمر سهل .

(١) الوسائل الباب -٤١- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

﴿ أما العتق ﴾

﴿ فاذا أعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها ﴾ لا أن النكاح بينهما باطل ، و إن كان قد يوهمه قول الصادق عليه السلام في صحيح عبدالله بن سنان (١) « إذا أعتقت مملوكيك فليس بينهما نكاح ، و قال : إن أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق» لكن يجب إرادة الخيار منه بقرينة التصريح به في غيره من النصوص(٢) المعتضدة بالفتاوى ، بل وفيه بعد ذلك ، قال : و « سألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثمّ أعتقها قال : نعم تخير فيه إذا أعتقت » ﴿ سواء كانت تحت عبد أو حرّ ﴾ على المشهور بين الأصحاب ، بل هو في العبد مجمع عليه بين المسلمين فضلاً عن المؤمنين، مضافاً إلى إمكان دعوى تواتر النصوص فيه (٣) .

بل خص الخيار بعضهم به ، و إليه أشار المصنف بقوله: ﴿ ومن الأصحاب من فرق ﴾ بين الحر والعبد مشيراً بذلك إلى الشيخ في محكي المبسوط و الخلاف ، بل اختاره هنا ، فقال : ﴿ و هو أشبه ﴾ بأصالة اللزوم في العقد و قاعدة الاقتصار على المتيقن، ولأن الأصل في هذا الحكم عتق عائشة لبريرة فخيّرها رسول الله صلى الله عليه وآله (٤) ولم تثبت حريته ، قال أبوعبدالله عليه السلام في خبر العيص (٥) : « و بريدة كان لها زوجاً فلما أعتقت خيّرت» وقال عليه السلام أيضاً في مرسل أبان (٦): « قال أمير المؤمنين عليه السلام في بريرة ثلاث من السنن حين أعتقت في التخيير وفي الصدقة وفي الولاء» بل في خبر سماعة(٧) قال : « ذكر أن بريرة مولاة عائشة كان لها زوج عبد ، فلمّا أعتقت قال لها رسول

---

(١) الوسائل الباب -٥٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ و ذكر ذيله في الباب -٥٢- منها الحديث ١ وفى الذيل « ثم أعتقها تخير فيه أم لا ؟ قال : نعم » ....

(٢و٣) الوسائل الباب -٥٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٤ و٥ و٦و٧) الوسائل الباب -٥٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢-٣ ٥ و ٦ .

الله صلى الله عليه وآله : اختاري إن شئت أقمت مع زوجك ، وإن شئت فلا » وفي خبر العجلي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « كان زوج بريرة عبداً» وفي خبر ابن سنان (٢) عنه عليه السلام أيضاً « إنه كان لبريرة زوج عبد ، فلمّا أعتقت قال لها النبيّ صلى الله عليه وآله اختاري » بل ربما كان في الأخير رائحة اعتبار العبدية في التخيير ، مؤيداً ذلك بمعلومية كون المنشأ في هذا الخيار نفي الضرر والضرار ، وهو يتحقق في العبد باعتبار كونه ملكاً للغير لايورث ، ولاولاية له على أولاده ، ولاينفق عليهم، إلى غير ذلك مما هو معلوم، بخلاف الحر .

لكن الجميع كما ترى بعد إطلاق قول الصادق عليه السلام في صحيح الكناني(٣) «أيما امرأة أعتقت فأمرها بيدها إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته » و قوله عليه السلام في مرسل ابن بكير (٤) : « في رجل حرّ نكح أمة مملوكة ثمّ أعتقت قبل أن يطلقها، قال : هي أملك ببضعها » وقوله عليه السلام أيضاً في خبر الشحام (٥) وقول الرضا عليه السلام في خبر محمد بن آدم (٦) : إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت ، إن كانت تحت حر أو عبد » ومن هنا كان خيرة الأكثر عدم الفرق ، والضعف في السند منجبر بالشهرة والتعاضد ، بل ربما يومىء إليه قوله صلى الله عليه وآله لبريرة على ما في بعض الأخبار « ملكت بضعك فاختاري » لا يمائه كقوله عليه السلام : «هي أملك ببضعها » إلى كون المنشأ في التخيير صيرورتها حرة مالكة بضعها ، من غير فرق بين حرية الزوج ومملوكيته .

و منه يعلم ما في دعوى كون منشئه الضرر، كما أنه يعلم من ذلك كله ما في الأدلة السابقة التي لاتصلح معارضاً لما عرفت ، بل روى (٧) « أن زوج بريرة كان حراً » فلاريب حينئذ أن الأشبه التعميم لا التفصيل ، كما أنه لافرق في ثبوت الخيار المزبور بين ماقبل الدخول وبعده ، لاطلاق الأدلة ، نعم في القواعد وغيرها

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب -٥٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ -٩-٨ .

(٤و٥و٦) الوسائل الباب-٥٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١١ -١٣-١٢

(٧) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٢٣ .

«إلاّ إذا زوج ذو المائة مثلاً أمة بمأة و قيمتها مائة ثم أعتقها في مرض موته أو أوصى بعتقها لم يكن لها الفسخ قبل الدخول ، و إلاّ لسقط المهر بناء على سقوطه بذلك منها قبل الدخول ، فلم تخرج من الثلث ، لأنها حينئذ نصف ماله ، فيبطل عتق بعضها ، و هو ثلثها ، فيبطل خيارها المعتبر فيه عتقها أجمع على ما ستعرف ، فيدور الفسخ إلى الفساد ، ويكون مما يستلزم وجوده عدمه» .

وقد يناقش فيه بأن نفوذ العتق يكفي فيه سعة الثلث له حاله ، و النقصان بعد ذلك بسبب آخر من غير المريض لاينافيه ، لكن يدفعها ظهور النص (١) والفتوى في ذلك المقام إن كلّ نقص يدخل التركة مرتب على فعل الموصى لاينفذ إلاّ من الثلث ، نعم يمكن المناقشة بعدم اقتضاء الدور اختصاص الأمة بعدم الفسخ ، إذ يمكن رفعه بعد إرجاع مثل هذا النقص إلى الثلث لاستلزامه الدور أو بغير ذلك ، بل لعله أولى من تخصيص دليل عدم الفسخ لها لضعف دليل مايقتضي الارجاع الى الثلث حتّى في نحو المقام خصوصاً بعد ملاحظة قاعدة التسلط وغيرها ممايقتضي بالنفوذ في الأصل و إن قلنا بخروج غير المقام ، فتأمّل جيّداً .

وعلى كل حال فاذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر من غير خلاف يعرف فيه ، لكون الفسخ منها قبل الدخول ، ولأنه كتلف المبيع قبل قبضه، ولكون النكاح كالمعاوضة المبنيّة على التسليم بالتسليم ، لكن قد يناقش بثبوت المهر بالعقد ، و كون الفسخ من قبلها على تقدير اقتضائه سقوط المهر انما يؤثر لوكان المهر لها لا إذا كان لغيرها ، والقياس على تلف المبيع قبل قبضه باطل عندنا وبناء هذه المعاوضة على احتمال جريان امثال هذه العوارض فيها .

و إن اختارت الفراق في موضع ثبوته بعد الدخول كان المهر ثابتاً لمولاها بلاخلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال إذا كان العتق بعد الدخول ، أما إذا كان قبله و لم تعلم به حتّى دخل بها ثم علمت ففسخت ففي محكي التحرير والمبسوط يثبت لها مهر المثل ، لاستناد الفسخ إلى العتق ، و لم يستقر المسمى قبله ، فالوطء خال

---

(١) الوسائل الباب -١١- من كتاب الوصايا .

عن النكاح ، بل لابد أن يكون مهر المثل لها لا للمولى ، وفيه أن الفسخ هو الموجب للانفساخ لا العتق ، فالمتّجه كونه للسيّد مطلقا ، نعم إن قلنا : إن المهر يجب بالدخول لا بالعقد اتّجه حينئذ وجوب المسمى لا مهر المثل لها ، لأن الفرض كون الدخول بعد العتق .

ومن ذلك يعلم الحكم فيما لو اختارت المقام وكان العتق قبل الدخول، فان المهر حينئذ للسيّد إن أوجبناه بالعقد كما هو التحقيق ، ولها إن أوجبناه بالدخول، و ان اختارت المقام بعد الدخول بها أمة ثمّ أعتقت كان المهر للمولى قطعاً .

ولو لم يسم المولى شيئاً بل زوّجها مفوضة البضع فان دخل قبل العتق فالمهر المفروض أو مهر المثل للسيد ، لوجوبه لها وهي في ملكه ، و إن دخل بعده أي العتق أو فرض المهر بعده و إن لم يدخل فان قلنا صداق المفوضة يجب بالعقد و إن لم يفرض لها ، و إنما الفرض كاشف عن قدر الواجب فهو للسيد ، و إن قلنا إنما يجب بالدخول أو بالفرض إن كان قبل الدخول فهو لها ، لوجوبه حال الحرية ، هذا كلّه في مفوضة البضع ، أما مفوضة المهر فهي هنا كمن سمي لها .

ثمّ إن ظاهر النص (١) والفتوى عدم الفرق في خيارها بين كون النكاح دائماً أو منقطعاً ، و هو كذلك إذ احتمال عدم الخيار لها في المنقطع لكونه كالاجارة الّتي لا تنفسخ بالعتق واضح الضعف ، نعم قد يناقش في استقرار المهر أجمع لو كان الفسخ بعد الدخول بعدم وفائها بالمدّة ، فيتجه التوزيع ، وقد يدفع بمنافاة التوزيع للقواعد، و أقصى ما ثبت فيمن لم تف بما هو حقّ عليها لا في مثل الفرض الّذي كان لها الخيار بالشرع ، والله العالم .

ولو أعتقت في العدّة الرجعية فالظاهر أن لها الفسخ في الحال ، ضرورة أولويته من فسخ النكاح المستقر، وفائدته حينئذ سقوط الرجعة وعدم الافتقار الى عدة أخرى ، لأنها اعتدت بالطلاق ، والفسخ لم يبطل العدّة ، ولكن لا تكفيها عدّة الأمة بل تتم عدّة الحرّة ، لصيرورتها كذلك ، ولو اختارت المقام لم يصح ، لحصول الطلاق

(١) الوسائل الباب-٥٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

من الزوج ، فان لم يراجعها حينئذ في العدّة بانت ، وإن راجعها فيها ففي القواعد كان لها خيار الفسخ ، و لعله لفساد الاختيار في العدّة وانتفاء ما ينافي الفورية ، فانّ الطلاق قاطع للنكاح ، فتعتدّ عدّة اُخرى حينئذ عدّة حرّة لانقطاع الاُولى بالرجوع المفروض ، و إن سكتت قبل الرجعة لم يسقط خيارها بطريق أولى ، فانّ السكوت لايدل على الرضا ، ولو دلّ فلا يزيد على اختيار النكاح .

هذا ولكن قد يقال بمنع عدم تأثير اختيارها البقاء باعتبار وجود علقة النكاح الّتي هي صارت سبباً لصحة الفسخ منها ، بل لعلّ ذلك لازم لصحة اختيارها البقاء و إن كان هو لا يمضي على الزوج المفروض حصول سبب آخر منه لفسخ النكاح ، نعم ثمرته عدم جواز الفسخ لها لو رجع بها ، لكون الفرض اختيارها بقاء علقة العقد الأوّل .

و من ذلك يعلم حال السكوت بناءً على دلالته على الرضا بالبقاء ، أو على منافاته الفورية بعد ما عرفت من صحّة اختيارها الفسخ والبقاء حال الطلاق و ترتب ما عرفت عليهما .

ولو كان الطلاق بائناً فأعتقت لم يكن محلاً للفسخ ولا للبقاء ، فلا خيار لها حينئذ ، وكذا لو أعتقت ولم تفسخ لعدم علمه و نحوه مما لا ينافي الفورية ، لكن في القواعد احتمل إيقافه أي الطلاق ، فان اختارت الفسخ بطل وإلاّ وقع ، واحتمل وقوعه ، و كان منشأ الاحتمال الأوّل التنافي بين الطلاق والفسخ ، فان نفذ الطلاق بطل حقها من الفسخ ، ولا يمكن القول ببطلانه ، لوقوعه مستجمعاً لشرائطه ، فيقع موقوفاً كما لو طلق في الردة ، فانه يوقف فان عاد إلى الاسلام تبيّن صحّته وإلاّ تبيّن فساده .

وفيه ما لايخفى من أنه لا وجه لوقوع الطلاق موقوفاً بعد فرض استجماعه لشرائط الصحّة من كامل صحيح العبارة مع بقاء الزوجية ، وعدم صلاحية الاختيار للمنع ، لاتحاد مقتضاهما ، و هو انفساخ النكاح ، والفرق بين العتق والردة بظهور البينونة حال الارتداد إن لم يعد بخلاف ما إذا اعتقت ، فانها لا تبين إلاّ بالفسخ .

وأضعف من ذلك ما عن المبسوط من احتمال بطلان الطلاق من رأس ، فانها غير معلومة الزوجية ، وعدم وقوع الطلاق موقوفاً وقال : إنه اللائق بمذهبنا ، إذهو كماترى ، و إنما اللائق ما عرفت من نفوذ الطلاق و عدم مصادفة العتق محلاً للاختيار كما هو واضح .

ولايفتقر فسخ الأمة إلى الحاكم لاطلاق الأدلة ، فما عن الشافعية من احتمال الافتقار في غاية الضعف ، كما أن ما عن بعضهم من ثبوت الخيار لها لو أعتق بعضها كذلك ، ضرورة عدم الخيار لها حينئذ عندنا، للأصل وفهم عتق الكل من النص (١) والفتوى خصوصاً من نحو قوله عليه‌السلام (٢) « هي أملك ببضعها » نعم إن كملت بعتق كلّها اختارت حينئذ ، ضرورة كونها حينئذ كالأمة المعتقة كلاً من أوّل الأمر .

و لولم تختر حتّى ينعتق العبد على وجه لا ينافي الفورية كان لها الخيار على المختار من عدم الفرق بين الحرّ والعبد في خيارها بلا إشكال ، بل يقوى على غيره أيضاً كما عن المبسوط ، لأنه ثبت سابقاً حين كان عبداً فلا يسقط بالحرية كغيره من الحقوق على العبد أوغيره ، فكما لا يسقط بعدالثبوت إلاّ بما يعلم إسقاطه لها فكذا الاختيار ، و يحتمل السقوط لزوال الضرر ، كالعيب إذا علم المشترى به بعد زواله ، و لأن زوجها حين الاختيار حرّ لا ينفذ فيه الاختيار ، ولأن الرقية شرطه ابتداءً فكذا استدامة ، وفيه منع كون العبرة بحين الاختيار ، بل بحين ثبوته ، و منع الشرط استدامة .

و لو عتقت تحت من نصفه حر كان لها الخيار على المختار بلاإشكال ، بل في القواعد لها ذلك أيضاً على غيره ، لعله لتحقق النقص برقية البعض ، و فيه أن الخيار على خلاف الأصل ، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو غيرالمفروض .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿الخيار على الفور﴾ اتفاقاً على الظاهر كما في كشف اللثام ، بل في الرياض حكاية الاتفاق عن طائفة ، وهو إن تمّ الحجة ، لا ماقيل من

---

(١) الوسائل الباب ـ٥٢ـ من أبواب نكاح العبيد و الاماء .

(٢) الوسائل الباب ـ٥٢ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١١ .

الاقتصار على المتيقن المنافي لاطلاق الأدلة ، بل لعل فورية الخيار على خلاف الأصل لمنع كونه من التخصيص بالأزمان ، فأصالة بقاء الزوجية و لزوم المناكحة منقطعة حينئذ بالعتق المقتضي للخيار المستصحب بقاؤه ، فيعكس الأصل حينئذ ، و من تعليق الخيار على العتق بالفاء المفيدة للتعقيب بلا مهلة في بعض الروايات العامية(١) التي هي غير حجة عندنا بعد فرض تسليم الدلالة على أنها معارضة بما في بعضها (٢) مما هو مقتض للتراخي من « دوران معتب خلف بريرة في سكك المدينة باكياً يترّضاها و جعل رسول الله صلى الله عليه وآله شفيعاً في ذلك ، حتّى قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله ، فقالت : يا رسول الله صلى الله عليه وآله أتأمرني ؟ فقال لها : لا بل إنما أنا شافع ، فقالت : لا حاجة لي فيه » واحتمال أن ذلك كلّه قد كان للعقد عليها جديداً مناف لظاهر ما في بعضها من أنه (٣) « يدور خلفها يترّضاها لتختاره » و قد ظهر من ذلك أن العمدة في الفورية الاجماع المزبور إن تمّ .

ومن هنا اتّجه بقاء خيارها لو أخرت الفسخ للجهل بالعتق أو الخيار كما عن الأصحاب القطع به ، بل لعله كذلك لو جهلت الفورية ، وإن ناقش فيه بعضهم ، بل وفي صورة الجهل بالخيار بعد العلم بالعتق ، و كذا لو نست أحدهما ، ضرورة عدم الاجماع في هذا الحال ، بل لعله محقق على العكس ، ومنافاة السقوط لحكمة مشروعية الخيار و هي الارفاق ، مضافاً إلى بقاء إطلاق الأدلة في هذه الأحوال ، بل في المسالك والرياض قبول دعواها في الجهل والنسيان بيمينها مع الامكان في حقها ، لأن ذلك لا يعرف إلاّ من قبلها ، و أصالة الجهل مستصحبة ، وهو جيّد في الجهل ، أما في النسيان فقد يناقش بأصالة عدمه ، فهي مدعية محضة ، وعدم العلم بالنسيان إلاّ من قبلها لا يصيّرها بحكم المنكر بعد أن لم يكن عنواناً للحكم ، و إلاّ لاقتضى ذلك تقديم مدعي النسيان في كثير من الموارد المعلوم كون الحكم بخلافها ، فتأمّل .

ولو اعتقته الصغيرة أو المجنونة تخيّرتا فوراً عند البلوغ والرشد بناء على عدم

---

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٢١ .

(٢و٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٢٢ .

قيام الولي مقامهما في هذا الاختيار المبتني على الشهوة وإن كان لا يخلو من مناقشة إن لم يكن إجماعاً ، خصوصاً بعد مضي التزويج على المولّى عليها لوزوّجها الولي بمملوك ، وعلى كل حال فللزوج الوطء قبل الكمال أو بعده قبل الفسخ ، و إن كان لها الفسخ ، لبقاء الزوجية من غير مانع ، كما هو واضح ، و ليس الفسخ طلاقاً خصوصاً إذا كان منها ، فاذا فسخت ثمّ تزوجها بعقد جديد كانت عنده على ثلاث طلقات إن لم يطلقها قبله ، و هو واضح ، كوضوح عدم جواز المراجعة لها بعد أن تفسخ إلاّ بعقد جديد ، ضرورة انفساخ عقدها الأوّل بفسخها المفروض ، فما عن ابن الجنيد ـ من أنها لو اختارت رجعته بعد أن اختارت مفارقته كان ذلك لها ما لم تنكح زوجاً غيره ـ واضح الفساد بعد معلومية كون المراد من نحو الدليل في المقام الخيار ابتداء كغيره من أفراده .

﴿ ولو أعتق العبد لم يكن له خيار ﴾ و إن كان قد زوّجه مولاه مكرهاً ، للأصل بعد اختصاص الدليل بالأمة ، وحرمة القياس خصوصاً مع الفرق بينها وبينه بأن الطلاق المستغنى به عن الخيار بيده دونها ، خلافاً للاسكافي فأثبت له الخيار إذا اعتق و بقيت الزّوجة أمة ، و لابن حمزة حيث قال فيما حكي عنه : « إذا كانا لمالكين وأعتق أحدهما كان له الخياردون سيّد الآخر، و إن أعتقا معاً كان للمرأة الخيار ـ ثمّ قال بعد ذلك ـ إن أعتق العبد سيده ولم يكرهه على النكاح لم يكن له الخيار ، وإن أكرهه كان له ذلك » ولكن الجميع كما ترى وإن كان الأخير خيرة الفاضل في المختلف ، معللاً له بأنه كالحرة المكرهة ، وهو واضح الفساد ، ضرورة الفرق بينهما بمشروعية الاكراه فيه دونها ، فلا ريب في أن المتجه عدم الخيار له مطلقا بل ﴿ ولا لمولاه ﴾ و إن كان تحته أمته ، لخروجه بالحرية عن ولاية السيّد عليه .

﴿ و ﴾ اولى من ذلك انه ﴿ لا ﴾ خيار ﴿ لزوجته حرة كانت أو أمة لأنها رضيته عبداً ﴾ فأحق أن ترضى به حراً ، كما أومأ اليه الصادق عليه‌السلام في خبر علي بن

حنظلة (١) « في رجل زوّج أم ولد له من عبد فأعتق العبد بعد مادخل بها يكون لها الخيار ؟ قال : لا قد تزوجته عبداً ورضيت به ، فهوحين صار حراً أحق أن ترضى به» وفي خبرأبي بصير(٢) عنه عليه السلام أيضاً «في العبد يتزوّج الحرة ثمّ يعتق فيصيب فقال: لا يرجم حتّى يواقع الحرة بعد ما ينعتق ، قلت : للحرة عليه الخيار إذا أعتق ، قال : لاقد رضيت به وهو مملوك ، فهو على نكاحه الأول » .

﴿ ولو زوّج عبده أمته ثمّ أعتق الأمة أوأعتقهما كان لها الخيار ﴾ للاطلاق الّذي لا فرق فيه بين اتحاد المولى وتعدده ، نعم قد يشكل الخيار فيما لو أعتقا معاً على مختار المصنف بعدم كون الزوج عبداً حين عتقها، لكون الفرض حريتهما دفعة، نعم هو متجه على المختار .

﴿ وكذا لو كانا لمالكين فاعتقا دفعة ﴾ ألّلهم الاّ يكون الخيار عنده مطلقا إلاّ إذا كان الزوج حراً وهي أمة ، فانه يتجه حينئذ جزمه بالخيار هنا وإن اختار هناك التفصيل ، فينحصر سقوط خيارها عنده بما إذا كان الزوج حراً و هي أمة ثمّ أعتقت ولو بان سبق عتقه عتقها، لكن لايخفى عليك صعوبة مساعدة الأدلة على ذلك و الأمر سهل بعد ما عرفت من عدم الاشكال فيه و في غيره على المختار ، و الله العالم .

﴿ و ﴾ لا خلاف في أنه ﴿ يجوز أن يجعل عتق الأمة صداقها ﴾ ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى استفاضة النصوص (٣) أو تواترها به و إن كان الأصل فيه أن النبيّ صلى الله عليه وآله (٤) اصطفى صفية بنت حي بن أخطب من ولد هارون عليه السلام في فتح خيبر ثمّ أعتقها و تزوّجها وجعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضة حتّى زعم مخالفونا أن ذلك من خواصه ، لكن اتفقت النصوص (٥) والفتاوى على خلافهم، وكفى بذلك دليلاً على الحكم ، فلا وجه للاشكال فيه بعدم جواز نكاح المالك

(١ و٢) الوسائل الباب -٥٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢-١ .
(٣) الوسائل الباب -١١و١٢ و١٤ و١٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء .
(٤) البحار ج ٢٢ ص ٢٠٤ ط الحديث .
(٥) الوسائل الباب -١١- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

أمته ، و بعدم جواز جعل العتق مهراً ، ولأنه لابد من تحقق المهر قبل النكاح ، و بلزوم الدور لتوقف النكاح على العتق و بالعكس ، إذ هو من الاجتهاد في مقابلة النص على أنه يمكن دفع الجميع بأن العتق لما اقترن بالنكاح لم يتزوج أمته ، ضرورة كون المسلّم منعه عدم اجتماع التزويج والملك ، لا ما كان نحو المقام الّذي يقتضي عموم الأدلة و إطلاقها جوازه ، و بمنع لزوم تحقق المهر قبل النكاح ، بل يكفي فيه المقارنة أيضاً ، كما أن النكاح يتوقف على اقتران العتق به لا على سبقه له كي يلزم الدور ، إلاّ أن الانصاف مع ذلك مخالفة المسألة للقواعد في الجملة .

﴿ و ﴾ إنما الكلام في أنه ﴿يثبت عقده عليها بشرط تقديم لفظ العقد على العتق بأن يقول : تزوجتك وأعتقتك وجعلت عتقك مهرك ﴾ كما هو المشهور على ماحكاه غير واحد ﴿ لأنه لوسبق بالعتق لكان لها الخيار في القبول والامتناع ﴾ كما تضمنه خبر علي بن جعفر(١) عن أخيه موسى عليه السلام « سألته عن رجل قال لأمته : أعتقتك و جعلت عتقك مهرك ، قال : عتقت و هي بالخيار إن شاءت تزوّجت و إن شاءت فلا ، فإن تزوّجته فليعطها شيئاً ، فإن قال : قد تزوّجتك و جعلت مهرك عتقك فان النكاح واقع لا يعطيها شيئاً » وخبر محمد بن آدم (٢) عن الرضا عليه السلام « في الرجل يقول لجاريته : قد أعتقتك و جعلت صداقك عتقك ، قال : جاز العتق و الأمر إليها إن شاءت زوّجته نفسها وإن شاءت لم تفعل ، فان زوّجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً » .

و ربما اُجيب عنهما باحتمال ابتناء ما فيهما من عدم حصول النكاح بذلك على عدم ذكر صيغة التزويج ، لامن حيث تقديم صيغة العتق عليها لو جاء بهما معاً كما هو مفروض البحث ، بل قد يشكل ما فيهما من نفوذ العتق بأنه مخالف لقصد المعتق المفروض إرادته النكاح بعتقه ، فالمتّجه حينئذ بطلانه أيضاً كالتزويج ، مضافا إلى مخالفتهما لاطلاق صحيح الحلبي(٣) عن الصادق عليه السلام « سألته عن الرجل يعتق

(١و٢) الوسائل الباب ـ١٢ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ـ٢ .

(٣) الوسائل الباب ـ١١ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣.

الأمة ويقول : مهرك عتقك ، قال : حسن » وصحيح ابن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام « أيّما رجل شاء أن يعتق جاريته ويجعل صداقها عتقها فعل » وغيرهما ، و خصوص خبر عبيد بن زرارة (٢) « سمع أباعبدالله عليه السلام يقول : إذا قال الرجل لامرأته : أعتقك وأتزوجك وأجعل مهرك عتقك فهو جائز » والمصرح بالجواز (٣) فيه بمعنى المضي و اللزوم في المتقدم فيه العتق على التزويج ، على أن تقدم العتق لفظاً لا يقتضي ترتب أثره كي يلزم من تقدمه ثبوت الخيار لها حينئذ ، ضرورة كونه بعض الكلام الّذي هو كالجملة الواحدة الممنوع ترتب أثره قبل تمامه .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل ﴾ : والقائل الشهيدان و جماعة بل لعله المشهور بين من تأخر عنهما : ﴿ لا يشترط ﴾ في الصحة تقدم صيغة التزويج ولاصيغة العتق ، بل يجوز كلّ منهما ، ﴿ لأن الكلام المتصل كالجملة الواحدة ، وهو حسن ، و ﴾ منه يعلم ضعف ما ﴿ قيل ﴾ من أنه ﴿ يشترط ﴾ في الصحة ﴿ تقديم العتق ﴾ كما هو المحكي عن الشيخين و أبي الصلاح و غيرهم ﴿ لأن بضع الأمة مباح لمالكها ، فلا يستباح بالعقد مع تحقق الملك ﴾ إذ قد عرفت أن الكلام المتصل كالجملة الواحدة الّتي يترتب أثرها دفعة واحدة عند التمام ، وحينئذ يتحقق العتق والنكاح في آن واحد من غير فرق فيه بين تقدم كل منهما وتأخر الآخر .

﴿ والأوّل ﴾ و إن كان ﴿ أشهر ﴾ إلاّ أن الثاني أقوى لما عرفت ، لأن التحقيق في كون المراد من إطلاق النص والفتوى عتق الأمة صداقها أن العتق يكون بالاصداق على معنى أن الشارع قد شرع جعل الأمة نفسها صداقاً في تزويجها ، فتكون حينئذ مالكة نفسها ، وليست هي إلاّ الحرة ، فيكون طريقاً مخصوصاً للعتق غير العتق بايجاد الصيغة الخاصة ، ضرورة أن ذاك بعد حصوله بسببه المعدّ له يقتضي كون الخيار بيدها إن شاءت تزوجت وإن شاءت لا تتزوج ، كما صرح به في الصحيح

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥ - ١ - ٦ .

الأوّل (١) و خبر محمد بن آدم (٢) ، و عزمه على جعل ذلك بعد حصوله صداقاً لايقتضي مشروعيته ، بل هو حينئذ كمن أبرأ ذمة امرأة بصيغة الابراء ثمّ أراد أن يجعل ذلك صداقاً لها ، فانه غير جائز قطعاً ، بخلاف مالوجعل ما في ذمتها صداقاً لها ، فانه يكون حينئذ الابراء بالاصداق نفسه ، فكذا هنا ، واستبعاد جعل الانسان نفسه صداقاً له في غيرمحله بعد النص و الفتوى ، و ما عساه يتوهم من ظاهر بعض النصوص(٣) من جعل العتق نفسه صداقاً إنما هو قبل إعطاء التأمّل حقه ، وإلاّ فالمراد الاعتاق بالاصداق وإن تقدم في بعضها (٤) ذكر العتق بلفظ يشبه الصيغة، لكن المعنى ماذكرناه على نحو قوله للمرأة : «بمائة مثلاً أتزوجك»فيكون الحاصل من النصوص « أعتقك بأن أجعل العتق صداقك » و بذلك تجتمع جميع الأخبار ، ويكون الخيار في الصحيح (٥) السابق والخبر الآخر (٦) لمكان إرادة العتق بالصيغة الموجبة له ، لا من حيث تقدم العتق ، ولذا قال فيه « فان قال : قد تزوّجتك و جعلت مهرك عتقك فان النكاح واقع ، فلايعطيها شيئاً » مع عدم ذكر صيغة للعتق .

ومن الغريب روايته في المسالك « فانّ النكاح باطل » إلى آخره ، وجعله دليلاً على ماسمعته سابقاً من التأويل ، مع أنا لم نجده كذلك في شيء من كتب الاُصول والفروع ، نعم في كشف اللثام أنه روى الحميري في قرب الإسناد عن عبدالله بن الحسن العلوي ، عن جدّه عن علي بن جعفر (٧) أول الخبرين كما سمعت ، إلاّ أنّه قال : « فان قال : قد تزوّجتك وجعلت عتقك مهرك كان النكاح واجباً إلى أن يعطيها شيئاً قال : والمعنى أنه لما لم يأت بصيغة التحرير وقف النكاح إلى أن يأتي بها ، فيقول بعد ذلك : « فأنت حرّة » و العبارة المتقدّمة مروية في التهذيب والفقيه مبنية على إتيان

(١ و٢) الوسائل الباب -١٢- من أبواب نكاح العبيدوالاماء الحديث ١ -٢ .

(٣و٤) الوسائل الباب -١١- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث -٠-٦ .

(٥و٦) الوسائل الباب -١٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-٢ .

(٧) الوسائل الباب -١٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ ، راجع التعليقة في الوسائل على هذه الرواية .

المولى بصيغة التحرير » وهو مع أنه غير الرواية بلفظ « باطل » ، لا يخفى ما في التفسير المزبور من إرادة الواقف منه من الواجب ومن إعطاء الشيء التلفظ بصيغة التحرير ، ولعلّه حمله على خطاء الراوي ، وأن الصحيح ما في التهذيب والفقيه خصوصاً بعد قوله في السابق « يعطيها شيئاً » لكونها حينئذ حرة قبل التزويج ، بخلاف الثانية التي قد صار صداقها عتقها ، فانها لا تستحق حينئذ شيئاً لحصول المهر لها كما هو واضح .

وبذلك ظهر لك قوة القول الثاني ، ضرورة أنه على ذلك لا فرق بين تقدم العتق الاصداق وتأخره ، لكونه حينئذ من توابع العقد ، لا أنه إيقاع في ضمن عقد أو بالعكس فان كلاً منهما في غاية المخالفة للقواعد بخلاف ما قلناه ، فانّه ليس فيه إلاّ شرعية الاعتاق بالطريق المزبور .

إلاّ أنه ربما اشتهر جعل العتق صداقاً ، و توهم منه إيقاع العتق بصيغته ثمّ جعله بعد ذلك صداقاً نصوا عليه في صحيح علي (١) السابق وخبر ابن آدم (٢) على عدم إرادة ذلك وأنه تكون الامرأة معه حرة أمرها بيدها ، بل لو صرح فيه باشتراط التزويج لعدم كون الايقاع كالعقد في لزوم الشرط ، بل إما أن يكون الشرط فيه خاصة فاسداً أو هو و الايقاع إلاّ ما دلّ عليه الدليل كاشتراط خدمة سنة ، و مضمر سماعة (٣) « سألته عن رجل له زوجة وسريـة يبدو له أن يعتق سريته و يتزوجها ، قال : إن شاء اشترط عليها أن عتقها صداقها ، فان ذلك حلال ، أو يشترط عليها إن شاء قسّم لها وإن شاء لم يقسّم ، وإن شاء فضّل عليها الحرة ، فان رضيت بذلك فلا بأس » يمكن حمله على إرادة الاعتاق الاصداقي من الاشتراط فيه ، لا أن المراد عتقها بالصيغة و اشتراط أن يكون ذلك صداقاً لها ولو في عقد التزويج الذي يوقعه بعد ذلك ، وعلى كلّ حال فالتحقيق ما عرفت وإن كان لا يوافقه بعض الفروع المذكورة في بعض كتب الأصحاب كما ستعرف .

ثمّ إنه قد يقوي في النظر عدم الحاجة في هذا العقد إلى القبول اكتفاءً بوقوع

(١و٢) الوسائل الباب -١٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ - ٢ .

(٣) الوسائل الباب -١٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

ذلك من السيد الّذى كان ينبغي وقوعه من الجارية عن القبول ، فيكون في الحقيقه موجباً قابلاً ، وربما يؤيد ذلك خلو نصوص المقام عنه ، بل ظاهرها خصوصاً الصحيح السابق الوقوع بدونه ، والتعليق على الرضا فيمضمر سماعة لم يعلم رجوعه إلى ذلك بل ربما كان ظاهره الرجوع إلى الأخير ، و إن كان هو أيضاً مشكل (١) لكنه يكون خارجاً عما نحن فيه، على أن الظاهر إرادة من اعتبر القبول تأليف صورة العقد لا أنّ المراد كون الأمر بيدها إن شاءت قبلت وإن شاءت لم تقبل ، كماعساه يوهمه المضمر ، بل ربمـا أوهمه أيضاً بعض عبارات الأصحاب إذ ذلك مناف لكونها أمة قبولها إلى مولاها ، و إنّما تكون حرة بعد تمام العقد كما هو واضح ، فلا ريب في عدم اعتبار القبول بالمعنى المزبور .

نعم هو محتمل بالمعنى الّذي ذكرناه مراعاة لصورة عقد التزويج ، فتقبل حينئذ هى تنزيلاً لما وقع من سيدها منزلة الإيجاب منها أويقبل سيدها عنها ، وربما كان خلو النصوص اتّكالاً على الظهور و المفروغية من اعتبار القبول في عقد التزويج و إن وقع ممّن له القبول كولي الصغيرين ، ولا ريب في أنه أحوط وإن كان الأوّل أقوى ، كقوة عدم اعتبار صيغة العتق ضمناً فيه ، بل تكون حرة بالعبارة المذكورة خصوصاً على ما سمعته منّا من التحقيق .

لكن في القواعد الاشكال فيه من ذلك ، ومن أن العتق لايقع إلاّ بلفظه الصريح في الاعتاق ، و لأصالة بقاء الملك والاحتياط ، وفي كشف اللثام هوالوجه ، إلاّ أنّه لا يخفى عليك مافيه بعدالاحاطة بما ذكرناه ، بل يمكن ظهور النصوص فيخلافه ، بل كاد يكون صريح بعضها .

و منه يعلم قوة ماسمعته من التحقيق المتقدم الّذي منه أيضاً يظهر لك النظر فيما في القواعد من أنه لوجعل ذلك أي التزويج بجعل العتق صداقاً في أمة الغير فان أنفذنا عتق المرتهن مع الاجازة فالأقرب هنا الصحة و إلاّ فلا ، ضرورة أنّه على ما

---

(١) هكذا فيالنسخة الاصلية المبيضة والمسودة .

ذكرناه يتجه الجواز حينئذٍ بناءً على صحة الفضولي في النكاح و في جعل مال الغير مهراً ، فانّ المفروض حينئذ يكون من ذلك ، ولا إشكال فيه بعدم صحة الفضولي في العتق إلاّ إذا قلنا بصحته من المرتهن باجازة الراهن مع إمكان الفرق بينهما بأن للمرتهن حقاً في المال و سلطنته عليه في الجملة بخلافه هنا ، على أنّه هنا فيه أمر زائد على ذلك ، وهو جعل مال الغير مهراً ، وقد عرفت فساده فيما تقدّم ، هذا كلّه من حيث العتق .

و أمّا من حيث النكاح فلا ريب في ابتنائه صحة وفساداً على صحة الفضولي و فساده ، إذ فساد المهر لا يقضي بفساده ، كما هو واضح ، وربما كان في المحكي في جامع المقاصد عن الشارح الفاضل للقواعد إشارة في الجملة إلى ما ذكرناه ، فانه بنى الحكم في المهر هنا وهو العتق على مقدّمتين : إحداهما عتق المرتهن و الاُخرى أنّ المجعول عتقها مهراً هل المهر هو العتق ابتداءً أو هو تمليكها لرقبتها ويتبعه العتق ؟ كما لو تزوّج جارية غيره وجعل أبا سيّدها المملوك مهراً لها ، فانّه إذا أجاز السيد النكاح دخل أبوه في ملكه فانعتق عليه ، فان المقدّمة الثانية صريحة فيما قلناه .

لكن في جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك عنه قال : « والّذي يقتضيه صحيح النظر وصادق التأمّل أن هذا ليس من مسألتنا في شيء ، لأنّ العتق في هذا الفرض واقع بلفظ صريح وعبارة تخصه ، وليس من الاُمور الحاصلة بالتبعية في شيء ، ومع ذلك فصريح اللفظ أن المهر حقيقةً هو العتق ، والتعبير بتمليك الجارية رقبتها من الاُمور المجازية كما حققناه ، و قد أبطله الشيخ في كلامه قبل ، فكيف يجعل هذا مقدّمة للحكم في هذه المسألة ؟ ولا يقال: إنّه إنّما بنى عليه على زعمهم وإن كان غير صحيح في نفسه ، لأنّا نقول : قد بيّنّا أنّهم لا يريدون بذلك إلاّ المجازية ، فلا يعتد بهذا البناء » .

و فيه أنه لا داعي إلى حمل ذلك منهم على المجازية ، لما عرفت من أولويته من جعل العتق بصيغته مهراً بل ما سمعته من النصوص(١) الحاكمة بعود النصف رقاً أو يسعى بقيمته لو طلّقها قبل الدخول شاهدة على ذلك ، مضافاً إلى ماسمعته وغيره ممّا يظهر بالتأمّل

(١) الوسائل الباب -١٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

من الشواهد ، نعم قد يشكل الفرض بجعل ملك الغير مهراً كما عرفته فيما تقدّم ، هذا كلّه في الفضولية بهذا الوجه .

أمّا قوله : « زوجت أمتي من زيد وجعلت عتقها صداقها » وقبل عنه الفضولي ثمّ أجاز زيد احتمل قوياً الصحة وإن كان فيه أيضاً إشكال جعل مال الغير مهراً ، ولو قال : « زوجت زيداً أمتي وجعلت عتقها صداقها » فأجاز زيد فلا ريب في الصحة بناءً على ما ذكرناه وعلى صحة الفضولي .

بل وما في قوله في القواعد أيضاً : « الأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهراً ، ويسرى العتق خاصة » ضرورة كون المراد أنّه كما جاز جعل الكلّ مهراً يجوز جعل البعض مهراً و إن جرى العتق حينئذ في الجميع ، لكن يسرى فيه من حيث كونه عتقاً لا من حيث كونه مهراً، وتظهر الفائدة فيما لو طلّقها قبل الدخول ، فان ربعها يرجع رقاً أو تسعى فيه لو كان المجعول مهراً النصف ، ووجه السراية إطلاق قوله (١) ﷺ : « من أعتق شقصاً من عبد سرى إليه العتق » كما أنّ وجه عدم الجواز في أصل المسألة الاقتصار على المتيقن .

هذا ولكن عن الشارح الفاضل أنّه قال : « على قول من يقول : إنّ المهر هو تمليك الجارية رقبتها تملك نصف رقبتها ، وتنعتق عليها ولا سراية هنا ، بل تسعى في قيمة نصفها » وفيه أنه قد يشكل حينئذ صحة التزويج بعدم جواز تزويج السيّد أمته ، والمفروض بقاء نصفها رقاً حقيقة ، وعتقه موقوف على السعي ، وانّما يكون ذلك مع نفوذ العتق في النصف ، وإنّما ينفذ مع صحة التزويج ، و عليه يلزم صحة نكاح السيد أمته ، وهو معلوم البطلان وإنما صححناه في صورة كون عتق الجميع مهراً ، لأن العتق والتزويج يقعان معاً كما تقدّم ، نعم قد يقال بعموم دليل السراية لنحو الفرض فيتجه حينئذ الصحة .

كما تتّجه أيضاً في المبعّضة الّتي بعضها حر ، فيتزوجها بجعل عتق ماله صداقاً بناءً على عدم الفرق بين الكلّ والبعض ، نعم لا ريب في اشتراط رضاها هنا ، لحرية البعض.

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٧٦ مع اختلاف يسير .

ولوكانت مشتركة بينه وبين غيره فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهراً لها ففي القواعد « الأقرب الصحة ، ويسرى العتق ، ولا اعتبار برضا الشريك ، وكذا لا اعتبار برضاه لوجعل الجميع مهراً أو جعل نصيب الشريك خاصة » وكأنّه بنى ذلك على السراية قهراً وإن لم يؤد قيمة نصيب الشريك ، أو على أن الأداء كاشف ، فانه حينئذ يكون صحيحاً لانتقال نصيب الشريك إليه حينئذ بالسراية ، و صيرورتها بذلك كمملوكته الّتي جعل عتق بعضها مهراً ، ولا يشكل ذلك بأن السراية إنّما تتحقق بعد تحقق العتق لنصيبه الموقوف على تمام العقد ، لامكان دفعه بأنّ الجميع يتحقق بآن واحد ، والترتّب ذاتي لازماني ، وبذلك بان عدم اعتبار رضاالشريك ، بل‌وعدم اعتبار رضا المملوكة بناءً على‌عدم اعتباره في مملوكته على ماسمعته ، ضرورة كون ذلك منها ، نعم يتّجه توقف الصحة على اعتبار رضا الشريك بناءً على عدم السراية حتّى يؤدّى القيمة ، لكون الجزء باقياًعلى ملك الغير ، فلا ينفذ النكاح بدون إذنه أو إجازته ، و احتمال ابقائه موقوفاً على الأداء كما ترى ، بناءً على تأثير الأداء في الحرية ، لاعلى كونه‌كاشفاً ، ضرورةتحقق‌الحرية‌بعد حصول عقدالنكاح ، كماهوواضح .

وممّا عرفت ظهرلك عدم الفرق‌بين جعل عتق نصيبه مهراً أوجعل عتق‌الجميع مهراً أو عتق حصة الشريك خاصة ، في اشتراك الجميع بعدم اعتبار رضا الشريك الّذي قد عرفت زوال شركته بالسراية الحاصلة بعتق نصيبه المقتضى ذلك لانتقال حصّة الشريك إليه .

لكن الانصاف مع ذلك عدم خلو المسألة عن إشكال من حيث عدم اندراجها في النص ، خصوصاً بناءً على ما ذكرناه من كون الاعتاق بالاصداق ، فانّه لا يتم معه صورة جعل الصداق حصّة الشريك خاصة ، فتأمّل جيداً .

كما أنّه لايتم على‌ذلك أيضاً مالوأعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضهامهراً أو بالعكس بأن جعل عتق الجميع بعض المهر ، كأن أمهرهـا معه ثوباً مثلاً ، فانّه لا وجه مع فرض كون الاعتاق بالاصداق لعتق الكل وجعل البعض مهراً ، نعم لابأس بصورة العكس بأن يجعل الصداق عتقها وشيئاً آخر ، كما أنه لابأس باصداقها بعض

رقبتها بناءً على السراية بمثل ذلك ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿ أُمّ الولد لا تنعتق إلا بعد وفاة مولاها ﴾ ضرورة عدم كون الاستيلاد عتقاً وإن منع من بيعها ، بل مطلق نقلها مادام الولد حياً ، نعم لو مات مولاها و الولد حيّ عتقت ﴿ من نصيب ولدها ﴾ اتفاقاً إن وفى ، لانتقالها كلاً أو بعضاً إليه بالارث ، فينعتق عليه كلّها أو بعضها ، ويسرى العتق في الباقي ، فتقوّم عليه من نصيبه .

﴿ ولو عجز النصيب ﴾ عن الكلّ ﴿ سعت ﴾ هي ﴿ في المتخلف ﴾ عند الأكثر ﴿ ولا يلزم ولدها السعي فيه ﴾ أو الفك من ماله غير الارث ، ﴿ وقيل ﴾ و القائل الشيخ في محكي النهاية : ﴿ يلزم ﴾ الولد السعي إن كان قيمتها ديناً على المولى ولم يخلف سواها إلا أن يموت قبل البلوغ ، فتباع ويقضى بثمنها الدين ، وفي محكي الوسيلة كذلك إن كان عليه دين في غير ثمنها ، ﴿ و ﴾ لاريب في أن ﴿ الأوّل أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده ، كما عرفته في الجملة في كتاب البيع ، و تعرفه فيما يأتي إن شاء الله .

﴿ ولو مات ولدها وأبوه حيّ جاز بيعها و ﴾ غيره لأنها حينئذ ﴿ عادت إلى محض الرق ﴾ الخالي من تشبث الحرية ﴿ و ﴾ صارت كحالها قبل الولادة ، بل ﴿ يجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاها غيرها ﴾ كما عرفته مفصّلاً في كتاب البيع ﴿ و ﴾ يأتي إن شاء الله له تتمّة .

بل ﴿ قيل ﴾ و القائل ابن حمزة : ﴿ يجوز بيعها بعد وفاته في ديونه و إن لم يكن ثمناً لها إذا كانت الديون محيطة بتركته ، بحيث لا يفضل عن الدين شيء أصلاً ﴾ لأنّه لا نصيب للولد حينئذ ، وهو مبني على عدم انتقال التركة إلى الورثة مع الدين ، وهو ممنوع كما حققناه في محله ، ولقول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير(١) :

---

(١) أشار اليه في الوسائل في الباب ـ ٦ ـ من أبواب الاستيلاد الحديث ٣ من كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد . وذكره في التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ الرقم ٨٦٥ .

« وإن مات وعليه دين قوّمت على ابنها ، فان كان ابنها صغيراً انتظر به حتّى يكبر ثمّ يجبر على قيمتها » وهو مع ضعفه سنداً ودلالةً معارض بغيره ممّا عرفته و تعرفه ضرورة كون المقام غير مقامه ، وإنما ذكر المصنّف ذلك كله مقدّمة لقوله : ﴿ولو كان ثمنها ديناً فتزوجها المالك وجعل عتقها مهرها ثمّ أولدها و أفلس بثمنها ومات بيعت في الدين﴾.

﴿و هل يعود ولدها رقاً ؟ قيل﴾ و القائل الشيخ و ابنا الجنيد و البراج : ﴿نعم﴾ هو رق للمولى الأوّل بل واُمه كذلك أيضاً ﴿لرواية هشام بن سالم﴾(١) له صحيحاً عن الصادق عليه السلام في موضع من التهذيب ، و في آخر عن أبي بصير (٢) عن الصادق عليه السلام قال : « سئل وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريةً بكراً إلى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها ، و جعل مهرهـا عتقها ، ثمّ مات بعد ذلك بشهر ، فقال أبو عبدالله عليه السلام : إن كان الّذي اشتراها له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فان عتقه ونكاحه جائز، وإن لم يملك مالاً أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه و نكاحه باطلاً لأنـه عتق مالا يملك ، و أرى أنها رق لمولاها الأوّل ، قيل له : وإن كانت علقت من الّذى أعتقها و تزوجها ما حال ما في بطنها ؟ فقال : الّذى في بطنها مع اُمّه كهيئتها » .

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿الأشبه﴾ باُصول المذهب و قواعده ﴿أنّه لا يبطل العتق ولا النكاح ، ولا يرجع الولد رقاً﴾ وفاقاً لابن إدريس و أكثر المتأخرين ﴿لتحقق الحرية فيهما﴾ و الحر لا يعود رقاً ، والخبر مطرح أو محمول على ما في القواعد من حمل عود الرق فيه على وقوع العتق في مرض الموت والفرض عدم الثلث له ، لاستغراق الدين ، و إن كان فيه أن ذلك يفسد عتقها لا حرية الولد ، إلاّ أن يحمل قولـه عليه السلام : « كهيئتها » على المساواة في الحرية ، لكنه بعيد جداً من اللفظ ومن انكشاف عدم الحرية .

---

(١) الوسائل الباب -٢٥- من كتاب العتق الحديث ١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص ٢١٣ الرقم ٧٦٢ .

أوعلى ما عن بعضهم من وقوع العتق مضاراً ، فلا ينفذ لخلوه عن القربة حينئذ وإن كان فيه أيضاً أن ذلك لايتم في الولد .

أوعلى ما عن آخر من كون البيع فاسداً وعلم المشترى بذلك على وجه يكون زانياً ، فانّه حينئذ يفسد العتق والنكاح ، ويكون الولد رقاً ، وإن أورد عليه في كشف اللثام بأنّه لاجهة لفساده إلاأن يقال : إنه حينئذ سفيه لاينفذ عتقه ولاعقده ، وفي غيره بأنّه لا وجه للتقسيم حينئذ في الخبر ، قلت : يمكن أن يكون وجه الفساد اعتبار وجود المقابل في صحة الاستدانة ولو بطريق الشراء نسيئة كماذهب إليه بعض الأفاضل من مشائخنا ، أو اعتبار العزم على الأداء كما سمعته في كتاب القرض وغيره ولم يكن عازماً بقرينة مبادرته للاعتاق مع علمه بعدم شيء عنده ، ولعلّ هذا وسابقه أولى من جميع ما ذكر في تأويله ، بل يمكن إرادة القائل بالفساد ذلك . و منه يعلم ما في كشف اللثام من ان الأجود طرحه ، لأنّ الخبر لضعفه و مخالفته الاُصول لايصلح للعمل ، وكأنّه تبع بذلك ثاني الشهيدين في المسالك ، فانّه طعن في صحتها باشتراك أبي بصير بين الثقة وغيره وباضطرابها ، لأنّ الشيخ ـ ره ـ تارة رواها عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام من غير واسطة ، واُخرى عن أبي بصير ، فهي مضطربة الأسناد ، فلا تكون حجّة كما قرر في علم دراية الحديث ، ثمّ قال : فإذا كانت الرواية هكذا حالها لم يصعب إطراحها في مقابلة الاُمور القطعية التي تشهد لها الاُصول الشرعية ، وقد يناقش بمنع اشتراك أبي بصير بين الثقة وغيره ، بل كلّ منهما ثقة كما حرر في محله ، ولو سلم فالخبر صحيح أوموثق ، وكلّ منهما حجة ، فالأولى تأويلها بماسمعت .

ثمّ لا يخفى أنّ اللائق بالعمل بالخبر المزبور الجمود على ما فيه من القيود المحتمل مدخليتها في الحكم المزبور ، ولعلّ إطلاق الشيخ الثمن مع كونه في الرواية نسيئة للقطع عنده بعدم احتمال المدخلية ، فضلاً عن احتمال مدخلية خصوص النسيئة ، كالقطع بعدم اعتبار البكارة ، بل لم يعتبر الشيخ الحمل ، فلم يفرق بين موته وهي حامل أوبعد وضعها ، مع احتمال الفرق بتبعية الحمل للحامل في كثير من الأحكام أومطلقاً عند قوم ، أللّهمّ إلاّ أن يقطع في خصوص المقام بذلك ، ضرورة عدم الفرق

في حرّيته بين كونه حملاً أومولوداً ، نعم يتّجه الفرق بين الأمة والعبد ، فلواشتراه نسيئة أومطلقاً وأعتقه لم يعد رقاً، هذا كلّه مع العمل بالخبر المزبور ، لاعلى ماذكرناه من الوجه في تأويله ، أمّا عليه فلا فرق بين جميع ذلك كلّه ، كما أنه لا إشكال في شيء منه على من أطرح الخبر المزبور، كماهوواضح ، والله العالم . كلّ ذلك في العتق من الطوارىء

﴿ وأما البيع ﴾

﴿فاذاباع المالك الأمة﴾ المزوجة بعبد مملوك للبائع أوغيره أولهماأوحرّ كلاً أوبعضاً من واحد أومتعدد ﴿كان ذلك كالطلاق﴾ بلاخلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى خبر الحسن بن زياد (١) « سألت أباعبدالله عليه‌السلام عن رجل اشترى جارية يطأها فبلغه أنّ لهازوجاً، قال : يطؤها ، فان بيعها طلاقها ، وذلك أنهما لايقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا» وصحيح عبدالرحمن (٢) « سأله عليه‌السلام عن الأمة تباع ولها زوج ، فقال : صفقتهاطلاقها» وصحيح محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما‌السلام « طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها، وقال في الرجل يزوّج أمته رجلاً حراً ثم يبيعها، قال: هوفراق ما بينهما إلاّ أن يشاء المشتري أن يدعهما» وحسنة بريد و بكير عن الباقر والصادق عليهما‌السلام (٤) « من اشتري مملوكة لهازوج فان بيعهاطلاقها، فان شاءالمشتري فرّق بينهما، وإن شاء على نكاحهما » .

﴿ و ﴾ منه يعلم إرادة أنّ ﴿ المشتري بالخيار بين إمضاء العقد وفسخه ﴾ من حمل الطلاق على البيع فيه و في غيره ، مضافاً إلى خبر الكناني (٥) عن أبي عبدالله عليه السّلام « إذا بيعت الأمة و لها زوج فالذي اشتراها بالخيار ، إن شاء فرّق بينهما ، وإن شاء تركها معه ، فان هوتركها معه فليس له أن يفرّق بينهما بعد ما أمضى ، قال: وإن بيع العبد فان شاء مولاه الذى اشتراه أن يصنع مثل ماصنع صاحب

(١و٢و٣و٤) الوسائل الباب -٤٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢-٣-١-٤ وفى الرابع « وان شاء تركهما على نكاحهما» .

(٥) الوسائل الباب -٤٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

الجارية فذلك له ، وإن هوسلم فليس له أن يفرّق بينهما بعد ماسلم » لا أنّه طلاق حقيقة ، بل ولا أنه في حكم الطلاق من حرمة المواقعة وغيرها قبل أن يفسخ المشترى إلاّ أن يشاء المشترى ابقاء العقد وإن كان هو أقرب إلى الحمل و التشبيه ، بل هو ظاهر خبر ابن زياد و صحيح ابن مسلم ، فيكون شبه الفضولي قبل الاجازة بمعنى احتياج الصحّة فيه إلى إنشاء الرضا دون الفساد ، فانّه يكفي فيه عدم إنشاء الرضا أو شبه الطلاق الرجعي المتوقف تحقق الرجعة فيه على إنشائها ، دون مضّي الطلاق الّذى يكفي فيه عدم انشاء ما يقتضي الرجوع ، بل لعلّه لا ينافي ذلك الخبران بعد أن كان التفريق يكفي فيه عدم إرادة إبقاء العقد ، فتجتمع حينئذ جميع النصوص على معنى واحد ، خصوصاً بعد تعذر العمل على ظاهرى خبرى التخيير المقتضي توقف إمضاء العقد على إرادة إمضائه المخالف لمقتضى الخيار ، ضرورة كون المحتاج فيه إلى الإنشاء الفسخ خاصة دون الامضاء الّذى يكفي فيه العقد الأوّل ، كما في سائر أفراد الخيار لكن الاجماع ظاهراً على كون المراد بذلك الخيار منع منه ، فان تمّ كان هو الحجّة وحينئذ فالنكاح باق إلاّ أن يفسخ كغيره من أفراد النكاح ذى الخيار و إلاّ كان الأقوى ما عرفت .

وعلى كلّ حال فما في الخبر البصرى (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يبتاع الجاريـة ولها زوج حر ، قال : لا يحلّ لأحد يمسّها حتّى يطلّقها زوجها الحرّ » قاصر عن معارضة ماعرفت من وجوه ، فيجب حمله على صورة إقرار المشترى الزوج على عقده أو تخصيصه باختيار المشترى الفسخ أو غيرذلك ، لقوة تلك الأدلّة المؤيّدة بتضرر المالك بالتزامه ببقاء النكاح الّذى من المحتمل اعتبار استدامة الملك في مضيّه .

ومن ذلك وماهو كالتعليل في خبر زياد (٢) يعلم عدم الفرق في الحكم المزبور بين البيع و غيره من الناقل الاختيارى ، بل والقهرى كالارث ، ضرورة كون المنشأ في ذلك تجدد المالك ، بل لأنّه يحتمل ثبوته للبائع لوعاد إليه ولو بفسخ أو إقالة .

(١و٢) الوسائل الباب -٤٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٧-٢ والثانى خبر ابن زياد .

ولو أوقف العبد المتزوّج مثلاً على الفقراء أو على جهة عامّة وقلنا بانتقال العين الموقوفة كذلك لله أو للفقراء احتمل أنّ الخيار بيد الحاكم، وكذا لو دفعه إلى الحاكم خمساً للسادة أوزكاة للفقراء، ويحتمل العدم اقتصاراً فيماخالف الأصل على المتيقن، ولعلّ الأوّل لا يخلو من قوة، ولو دفعه الحاكم إلى خصوص فقير احتمل أيضاً كون الخيار له، لتجدد ملك للشخص غير ملك الجنس، فيثبت الخيار حينئذ له وإن كان قد أمضاه الحاكم من قبل، فتأمّل جيّداً.

ثمّ لا فرق في ذلك بين أفراد النكاح، لأنّ ثبوته في الأقوى يقتضي ثبوته في الأضعف بالطريق الأولى، و التشبية بالطلاق لا يقتضي اختصاصه فيما يقبله، بل الظاهر عدم ثبوت الخيار في التحليل منه، لانقطاع الاذن بانتقال الملك، فيحتاج حينئذ إلى عقد جديد، نعم لوكان منقطعاً ففسخ المشتري قبل مضي المدّة احتمل رجوع الزوج على البائع بما قابل المدّة من المهر، وفيه إشكال يعرف ممّا قدّمناه سابقاً، بل وفي الفسخ قبل الدخول فضلاً عن ذلك.

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ خياره على الفور ﴾ وحينئذ ﴿ فإذا علم ولم يفسخ لزم العقد ﴾ بلا خلاف في الظاهر كما اعترف به في الرياض، بل فيه أنّ ظاهرهم الاجماع عليه، لخبر الكناني (١) مؤيّداً بما دلّ من النصوص (٢) على أن سكوت الموالي بعد بلوغهم تزويج عبيدهم إجازة، وبقاعدة الاقتصار على المتيقن، و اندفاع الضرر معها، و دلالة التأخير على الرضا، لكن الجميع كما ترى غير صالح لقطع الاستصحاب و تقييد الاطلاق، والمراد بتركها معه في خبر الكناني إن شاء الابقاء الّذي يؤول إلى إسقاط حقّ الفسخ وهو غير ما نحن فيه، نعم إن تمّ الاجماع كان هو الحجة وإلاّ كان للنظر فيه مجال، ومن هنا اتجه بقاء الخيار مع الجهل به، كما صرح به عن غير واحد، بل في الرياض نفي الخلاف عنه، بل لا يبعد إلحاق الجهل

---

(١) الوسائل الباب ـ٤٨ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ـ٢٦ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

بالفورية به أيضاً وفاقاً لبعضهم ، للأصل و الاطلاق السالمين عن معارضة الاجماع هنا قطعاً .

﴿ و كذا حكم العبد إذا كان تحته أمة ﴾ وبيع فان مشتريه بالخيار أيضاً على حسب ماسمعته في الأمة بلاخلاف أجده ، لصحيح ابن مسلم(١) وخبر الكناني (٢) المتقدمين ، والتعليل في خبر ابن زياد (٣) المؤيدة بما سمعته .

﴿و﴾ أما ﴿لو كان تحته حرة فبيع﴾ فالمشهور أيضاً أنه ﴿كان للمشتري الخيار﴾ في نكاحه ، لخبر الكناني (٤) والتعليل (٥) المؤيدين بقاعدة تسلط المالك على ملكه في ابتداء النكاح ، فكذا استدامته ، خلافاً لابن إدريس وجماعة كما قيل ، بل في محكي السرائر أن الشيخ أورد ذلك في النهاية إيراداً لا اعتقاداً ، وقد رجع عنه في مبسوطه فقال : « وإن كان للعبد زوجة فباعه مولاه فالنكاح باق بالاجماع ، للأصل واختصاص المثبت للحكم بغيره مع حرمة القياس » بل ظاهر قول المصنف هنا : ﴿على رواية فيها ضعف﴾ سنداً ودلالة الميل إليه مشيراً بذلك إلى خبر محمد بن علي (٦) عن أبي الحسن عليه السلام « إذا تزوج المملوك حرة فللمولى أن يفرق بينهما، فان زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما » إذ ليس له التفريق إلا بالبيع المعرض له ، وإن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما قلناه من أنا في غنية عن هذا الخبر بما سمعت ، على أن ضعف السند ينجبر بالشهرة ، بل والدلالة التي لا يقدح فيها عدم جواز التفريق له بغير البيع ، ضرورة أن أقصى ذلك خروج مثل هذا الفرد من الاطلاق ومعقد إجماع المبسوط بقاء النكاح الذي لا ينافي ثبوت الخيار ، ولكن مع ذلك كله

---

(١) الوسائل الباب -٤٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.
(٢) الوسائل الباب -٤٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .
(٣) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .
(٤) الوسائل الباب -٤٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١- .
(٥) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .
(٦) الوسائل الباب -٦٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ .

فالاحتياط لا ينبغي تركه .

﴿ ولو كانا ﴾ أي العبد والأمة ﴿ لمالك ﴾ متحد ﴿ فباعهما لاثنين ﴾ دفعة أو ترتيباً على جهة الشركة بينهما أو اختصاص كلّ واحد بواحد ﴿ كان الخيار لكل واحد من المبتاعين وكذا لو اشتراهما واحد ﴾ بلا خلاف ولا إشكال لاطلاق الأدلّة ﴿ وكذا لو باع أحدهما كان الخيار للمشتري ﴾ أيضاً لذلك ﴿ وللبائع ﴾ عند المصنّف وجماعة استصحاباً لحاله السابق قبل البيع ، ولاطلاق النصوص (١) كون البيع طلاقاً ، و لاشتراكه مع المشتري في المعنى المقتضي لجواز الفسخ ، و هو التضرر بمضي تزويج مملوكه لغير مملوكه ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لا يثبت عقدهما إلاّ برضا المتبايعين ﴾ ضرورة عدم الاكتفاء بأحدهما بعد أن كان الخيار لكلّ منهما ، لتقدّم الفاسخ على غيره كما في كلّ خيار مشترك ﴿ ولو ﴾ أمضيا و ﴿ حصل بينهما أولاد كانوا لموالي الأبوين ﴾ كالمتناكحين ابتداءً باذن من موليهما الّذي قد عرفته فيما تقدّم ، وعرفت ضعف الخلاف فيه وهو الالحاق بالأم .

إنّما الكلام في ثبوت الخيار للبائع ، و تفصيل البحث فيه أنّه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار له إذا لم يكن مالكاً إلاّ من باعه ، ضرورة انقطاع سلطنته حينئذ ، وماعساه يظهر من ثاني الشهيدين في الروضة وفي أوّل البحث من المسالك أن ثبوت الخيار له حينئذ اشتباه قطعاً ، أمّا إذا كان مالكاً للآخر فقد عرفت تصريح المصنف وغيره بثبوت الخيار له لما عرفت ، لكن ظاهرهم اختصاصه بذلك ، فلا يثبت الخيار لمالك العبد مثلاً غير البائع ببيع الأمة منه خلافاً للشيخ وابن حمزة والفاضل وغيرهم فانّه يثبت الخيار له عندهم ، ولعلّ وجهه جريان الاستصحاب فيه دون غيره ، ودعوى ظهور انسياق البائع من قوله ﷺ (٢) : « طلاق الأمة بيعها » في نحو الفرض دون المالك الآخر الّذي يقتضي الأصل لزوم العقد بالنسبة إليه .

فيتحصّل حينئذ في المسألة أقوال ثلاثة : (أحدها) عدم الخيار لغير المشتري مطلقاً كما

(١ و ٢) الوسائل الباب ـ ٤٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ ٠ ـ ١ .

هو خيرة ابن إدريس للأصل وظهور النصوص (١) في إرادته عن نحو قوله عليه السلام (٢) : « طلاق الأمة بيعها » بقرينة تفريع ذلك عليه في بعضها ، و ظهور الفرق في بطلان القياس عليه بأنه لم يحصل منه رضا بالنكاح أصلاً بخلاف المالك الأول .

(ثانيها) ثبوته لمالك الآخر الذي لم يبع سواء كان هو البائع أو غيره ، لاختلاف الأغراض في نكاح المماليك بالنسبة إلى المالكين ، ولاطلاق نحو قوله عليه السلام (٣) : « بيع الأمة طلاقها » .

(ثالثها) التفصيل بين البائع وغيره ، فيثبت الخيار له دون غيره ، للفرق بينهما بالاستصحاب فيه و عدمه في غيره ، لكنه كما ترى هو أضعفها ، ضرورة أن التخيير الذي كان له إنما هو من حيث كونه مولى لهما ، والفرض زواله بالبيع ، فلا وجه لاستصحابه ، على أن محل البحث في التخيير الحاصل بسبب البيع ، وغير الاستصحاب مما ذكرناه دليلاً لذلك لا يخص البائع .

و بذلك ظهر لك أن المتجه أحد القولين دون التفصيل ، والأقوى اختصاص الخيار بالمشترى ، للأصل السالم عن معارضة النصوص ، أما على ما قلنا ـ من كون المراد من « بيع الأمة طلاقها » حصول حكم الطلاق بمجرد البيع من غير فرق بين كون الزوج مثلاً ملكاً للبائع أو لغيره إلا أن شاء المشترى إبقاء نكاحهما ، لصيرورته استدامة النكاح بالنسبة إليه كالنكاح الفضولي ابتداء ، أو صيرورة البيع بالنسبة كالطلاق الرجعي وأن أمر الرجعة إليه ـ فواضح ، إذ ليس في شيء من النصوص اعتبار رضا مولى الآخر سواء كان هو البائع أو غيره ، وأما على إرادة الخيار منه فلا ريب في كونه غير الظاهر منه ، لكن للقرينة ـ وهي قوله عليه السلام (٤): « فان شاء المشترى» إلى آخره وقوله عليه السلام (٥) : « إلا أن يشاء المشترى » إلى آخره ـ حمل على ذلك ، و لاريب

(١ و ٢) الوسائل الباب ـ ٤٧ ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ ٠ ـ ١ .

(٣) الوسائل الباب ـ ٤٧ ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ ـ ٣ ـ ٩ .

(٤و٥) الوسائل الباب ـ ٤٧ ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ ـ ١ .

في اقتضائهـا خصوص المشترى دون غيره ، و دعوى أنّ التفريع لا يقتضي التخصيص يدفعها عدم المقتضى للتعميم ، ضرورة كونه خلاف الظاهر على أنه غير تام في قوله عليه السلام « هو فراق ما بينهما إلاّ أن يشاء المشترى » كدعوى كون المراد ولو بالقرينة تزازل العقد بالنسبة إلى كلّ من له تعلق به ، فيعم المشترى ومولى الآخر ، بل و البائع وإن لم يكن مولى كما سمعته من ظاهر عبارة الروضة ، ضرورة عدم الشاهد عليها . والقرينة لا تصلح لغير ما عرفت ، فتبقى حينئذ أصالة اللزوم سالمة عن المعارض ، ويختص الخيار بالمشترى ، ودعوى الاشتراك في العلّة من القياس الممنوع ، والله العالم .

﴿ مسائل ثلاث : ﴾

﴿ الاولى : ﴾

﴿ إذا زوّج أمته ملك المهر ﴾ بلا خلاف و لا إشكال ﴿ لثبوته في ملكه ﴾ باعتبار كونه عوضاً للبضع المملوك له ﴿ فان باعها قبل الدخول ﴾ وقلنا إنّ البيع نفسه بحكم الفسخ أو فسخ المشترى بخياره ﴿ سقط المهر ، لانفساخ العقد الّذي ثبت المهر باعتباره ﴾ من غير قبل الزوج ، لا نصفه إن قبضه كما عن المبسوط ، ضرورة عدم كونه طلاقاً ولا فسخاً من قبل الزوج ملحقاً به لو قلنا بحجية القياس ، و إطلاق النصوص (١) كون البيع طلاقاً يراد منه ما عرفت ، لأنّ المراد لحوق حكم الطلاق على وجه يشمل ذلك قطعاً .

نعم قد يتخيّل ثبوته أجمع للسيد الأوّل ، لملكه لـه بالعقد ، فالاستصحاب يقتضي ثبوته له بعد فرض عدم الدّليل على ثبوت حكم البيع من المعاوضات هنا باعتبار عدم التقابض ، خصوصاً بعد أن كان الصحيح ثبوت المهر بالموت ، لكن فيه أنّ الاجماع

(١) الوسائل الباب -٤٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث -٠- .

ظاهراً على أنّ الفسخ منها أو ممّا في حكمها قبل الدخول مسقط للمهر، وفي النصوص ما يدلّ(١) عليه، بل ربّما كان في قوله تعالى(٢) : « وقد أفضى بعضكم » إلى آخره، نوع إشعار به في الجملة، بل قد عرفت فيما مضى أن مقتضى انفساخ العقد ردّ كلّ عوض إلى صاحبه، والموت لا انفساخ فيه، والفرض هنا أنّه فسخ بالخيار الّذي جعله الشارع له، ولا يرد على ذلك الفسخ بعد الدخول، ضرورة حصول العوض لمن له فيه باستيفائه ولو مرّة، نعم لو فرض هنا كون العقد منقطعاً وقد مضت مدّة وكان عدم الدخول منه لا منها توجه استقرار ملك السيد لما قابل المدّة من المهر، هذا كلّه فيما إذا فسخ المشترى.

﴿فان أجاز﴾ أي ﴿المشترى كان المهر له﴾ عند ابن إدريس ـ ره ـ ومن تأخر عنه ﴿لأن إجازته كالعقد المستأنف﴾ المقتضي ملك المهر لمالك البضع، وفيه أنّه لا يتم على ما ذكروه من الخيار الّذى معناه أنّ له فسخ العقد، فمع فرض عدمه يكون العقد السابق تامّاً في الاقتضاء على حسب ما وقع، والفرض أنّه كان مقتضياً لملك السيّد الأوّل المهر، ودعوى أنّه بعدم فسخه ينتقل ملك المهر من السيد الأوّل إلى السيّد الثاني من الغرائب الّتي لا توافق شيئاً من الأدلة، بل الأدلة أجمع على خلافها، ومن هنا لو أعتقت الأمة المزوجة قبل الدخول ولم تفسخ كان المهر للسيّد بلا إشكال ولا خلاف.

و دعوى الفرق بين المقامين ـ بعدم اقتضاء العتق نقل المنافع، لكونه فك ملك، فيكون التزويج فيه حينئذ كاستثناء المنفعة له الّتي يتبعها بقاء عوضها له أيضاً، بخلاف البيع الّذي يقتضي نقل المنفعة للمشترى المقتضي انتقال عوضها إليه دون البائع ـ كما ترى لا محصل لها، ضرورة أنه إن كان التزويج السابق شبيهاً باستثناء المنفعة فليكن ذلك فيهما وإلّا فلا، فان المنفعة تابعة للعين، من غير فرق بين الحرية والملكية وإن كانت في الأوّل تكون للمحرر وفي الثاني تكون للمالك،

(١) الوسائل الباب ـ١١ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .
(٢) سورة النساء : ٤ ـ الاية ٢١ .

فلاريب في أنّ المتّجه في مفروض البحث كون المهر ملكاً للسيّد الأوّل كما اقتضاه العقد أولاً، بل لايبعد ذلك في العقد الموجب لمهر المثل أيضاً بخلاف مايوجبه الدخول فيه لفساد العقد، فانه للثاني، لكون الموجب له قد وقع في ملكه دون الأوّل.

و بالجملة كل ماكان من مقتضي العقد فهو للأوّل مع فرض عدم الفسخ، وكلّ ما يوجبه الدخول فهو للثاني لما سمعت، على أنه لا إجازة هنا حقيقة بناءً على ما ذكروه من الخيار، بل أقصاه عدم فسخ، والعقد تام في الاقتضاء، نعم اوقلنا: إن البيع بحكم الفسخ و إن استدامة العقد كالعقد فضولاً على المالك الجديد فأجازه اتّجه حينئذ ملكه للمهر دون السيّد الأوّل لكون العقد حينئذ على ملكه بعد انفساخ العقد بالنسبة إلى الأول وسقوط استحقاقه للمهر لكونه قبل الدخول ومن قبله لامن قبل الزوج بناءً على اقتضائه ذلك، فتكون الاستدامة حينئذ كالعقد الجديد (١) وبذلك يظهر لك الحال في المنقطع أيضاً، فانه كالدائم بالنسبة إلى ذلك، كما هو واضح.

﴿ ولو باعها بعد الدخول ﴾ الموجب لاستقرار المهر ﴿ كان المهر للأول ، سواء أجاز الثاني أو فسخ، لاستقراره ﴾ وهي ﴿ في ملك الأوّل ﴾ ودعوى - أن بيعه لها متلف للبضع على الزوج أو معرض للتلف فيضمن له مهر المثل - واضحة الفساد بعد أن عرفت فيما تقدم أن البضع ليس من الأموال التي تضمن بأمثال ذلك مما هو جائز شرعاً إيقاعه، نعم ربما أشكل بعض النّاس ذلك في المنقطع بأن الفسخ فيه و إن كان بعد الدخول يقتضي توزيع المهر على المدة، فلايتوجه استحقاق السيد المهر أجمع فيه، وقد يدفع باحتمال إرادة الأصحاب خصوص الدائم هنا، و بامكان منع اقتضاء ذلك في المنقطع أيضاً، بل المهر فيه كالمهر في الدائم، وانما شابه الإجارة في خصوص تخلف المرأة في المدة مع استحقاقها عليها، والمقام ليس من ذلك قطعاً

(١) فهو حينئذ شبه اجارة الموقوف مدة قد انتقل الموقوف فى أثنائها الى البطن الاخر فأجاز الاجارة، فان الاجرة حينئذ فيما قابل المدة الباقية تكون لهم لاللمؤجر الاول.

(منه رحمه الله)

كما تكرر ذلك منا غير مرة ، فتأمل ، والله العالم .

وكيف كان فالتحقيق في أصل المسألة ما سمعته ﴿ و ﴾ إن كان ﴿ فيها أقوال مختلفة ، و﴾ لكن ﴿ المحصل ﴾ للمحصل ﴿ ما ذكرناه ﴾ .

(منها) ما في النهاية « إذا زوّج الرجل أمته من غيره وسمى لها مهراً معيناً وقدّم الرجل من جملة المهر شيئاً معيناً ثمّ باع الرجل الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر ، ولا لمن يشتريها إلاّ أن يرضى بالعقد » ونحوه عن ابن البراج ، وهو مع عدم صراحته في المخالفة لا يوافق شيئاً من الأدلة حتّى خبر أبي بصير (١) الفاقد شرائط الحجية عن أحدهما عليهما السلام « في رجل زوّج مملوكته من رجل على أربعمائة درهم ، فعجل لها مأتي درهم ثمّ أخّر عنه مأتي درهم ، فدخل بها زوجها ، ثمّ إن سيّدها باعها بعد من رجل ، لمن يكون المأتان المؤخرة عنه ؟ فقال : إن لم يكن أوفاها بقية المهر حتّى باعها فلا شيء عليه له ولا لغيره » الّذي حمله في المختلف على إرادة الخلوة من الدخول لا الايلاج ، وقوله عليه السلام « إن لم يكن » إلى آخره ، معناه إن لم يكن فعل الدخول الّذي باعتباره يجب أن يوفّيها المهر ثمّ باعها لم يكن له شيء في الفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول ولا لغيره إذا لم يجز العقد .

(ومنها) ما في محكي المبسوط المضطرب ، فانه تارة حكم بأن البائع إن قبض المهر لم يكن للمشتري شيء ، لأنّه لايكون مهران في عقد ، وإن لم يقبض استحقه كملاً إن دخل بعد الشراء أو نصفاً إن لم يدخل ، واُخرى بأنه إن دخل بعد الشراء كان نصف المهر له بالدخول والنصف الآخر للبائع بالعقد ، من غير فرق بين أن يكون البائع قبضه أولا ، واُخرى بأن البائع إن قبض بعض المهر لم يكن له المطالبة بالباقي فان أجاز المشتري طالب به ، واُخرى بأن البائع إن قبض المهر

---

(١) الوسائل الباب ـ٨٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ مع الاختلاف والنص موافق للفقيه ج ٣ ص ٢٨٨ الرقم ١٣٧٠ .

استردّه الزوج من غير تفصيل ، وكأنه لحظ في بعض ماذكره الخبر المزبور (١) الذىقدعرفت فقده شرائط الحجية ، فلا محيص حينئذ عما ذكرناه ، والله هوالعالم .

المسألة ﴿ الثانية : ﴾

﴿ لوزوّج عبده بحرّة ثمّ باعه ﴾ بعد الدخول استقر المهر علىالسيّد ، لما سمعته سابقاً من كون مهر العبد على مولاه وإن فسخه المشترى .

و إن باعه ﴿ قبل الدخول قيل: كان للمشترى الفسخ ﴾ أيضاً ، وهوالأقوى كما عرفته فيما سبق ، خلافاً لابن إدريس ، فلم يثبت الخيار لمشترى العبد إذا كانت زوجته حرة ، وقد عرفت ضعفه فيماسبق . ﴿ و ﴾ حينئذ فاذا فسخ المشترى كان ﴿على المولى نصف المهر﴾ عند المشهور الحاقاً لمثل هذا الفسخ قبل الدخول بالطلاق ، ولخبر عليّ بن حمزة (٢) المنجبر ضعفه بالشهرة عن الكاظم عليه السلام «في رجل زوّج مملوكاً له امرأةً حرةً على مائة درهم ثمّ إنه باعه قبل أن يدخل عليها ، فقال : يعطيها سيّده من ثمن نصف مافرض لها ، إنما هو بمنزلة دين استدانه بأمر سيده » و منه يعلم وجوب المهر كملاً عليه إذا لم يفسخ المشترى إلاّ إذا قلنا : إن البيع نفسه فسخ بالنسبة إليه ، فيجب حينئذ النصف الآخر على السيّد الثاني مع الاجازة ، كما كان المهر كله له في الأمة عندهم .

﴿ ومن الأصحاب﴾ وهو ابن إدريس ﴿ من أنكر الأمرين ﴾ أي الخيار للمشتري في نكاح العبد الحرّة كما تقدم ، و تنصيف المهر بالفسخ على تقديره أيضاً لاختصاص الدليل بالطلاق وحرمة القياس ، فالمهر كملاً واجب علىالسيّد . قيل : و هو متجه على أصله من عدم العمل بمثل الخبر المزبور ، و فيه أن المتجه

(١) الوسائل الباب -٨٧- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٧٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ عن على بن أبى حمزة .

حينئذ مع قطع النظر عن الخبر سقوط المهر أصلاً ، لما عرفته سابقاً من مقتضى الفسخ في الخيار المشروع له ردّ كلّ عوض إلى صاحبه اللّهم إلاّ أن يكون النّكاح على غير قياس المعاوضات ، والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة : ﴾

﴿ لو باع أمته وادّعى ﴾ بعد ذلك ﴿ أن حملها منه ﴾ على وجه يحتمل الصحة ﴿ و أنكر المشترى لم يقبل قوله في إفساد البيع ﴾ المخالف للأصل ، ولا يجديه إقرارها ، لأنه في حقّ الغير ، نعم إن ادعى علمه كان له إحلافه . ﴿ ويقبل في التحاق الولد ﴾ عندنا كما عن الخلاف والسرائر ، سواء كان داخلا في ملك المشترى بالتبعية أو الشرط أو غير داخل ﴿ لأنه ﴾ على كل حال ﴿ إقرار لا يتضرر به الغير ﴾ فيكون ولداً في حقه مملوكاً للمشترى ، ولا منع في قبول أحد جزئي الدعوى دون الآخر ، فيحكم بكون الولد ولده في حقّه ، وهو وأمه مملوكان للمشترى ، ودعوى إمكان الضرر على المشترى بشرائه قهراً لومات أبوه عن غير وارث يدفعها منع اجباره على ذلك ، لعدم ثبوت كونه ولداً في حق المشترى ، نعم إن باعه اختياراً جاز شراؤه من التركة و اعتاقه وإن انتقل إليه انعتق عليه أخذاً باقراره ، هذا .

﴿ و ﴾ حينئذ فقول المصنف : ﴿ فيه تردّد ﴾ واضح الضعف ، ضرورة عدم وجه يعتد به للتردّد بعدم حصول التضرر على الوجه المذكور و عدم البأس في قبول أحد جزئي الدعوى دون الآخر ، لعدم التنافي في الأحكام الظاهرية ، و نظائره في الفقه كثيرة ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ وأما الطلاق ﴾

﴿ فاذا تزوج العبد باذن مولاه ﴾ ابتداءً أو استدامةً ﴿حرةً أو أمةً لغيره لم يكن له إجباره على الطلاق ولا منعه ﴾ على المشهور بين الأصحاب للنبوى(١) «الطلاق بيد من أخذ بالساق» وخبر ليث المرادى (٢) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه ؟ فقال إن كان أمتك فلا ، إن الله عزّ وجلّ يقول (٣) : عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، و إن كان من قوم آخرين أو حرّة جاز طلاقه » والكناني(٤) عنه عليه السلام أيضاً « إذا كان العبد وامرأته لرجل واحد فالمولى يأخذها إذا شاء ، و إذا شاء ردّها ، وقال : لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو وامرأته لرجل واحد إلاّ أن يكون العبدلرجل والمرأة لرجل وتزوجها باذن مولاه وإذن مولاها ، فان طلّق وهو بهذه المنزلة فان طلاقه جائز» وخبرعبدالله بن سنان(٥) عنه عليه السلام أيضاً «سألته عن رجل تزوج غلامه جارية حرة فقال: الطلاق بيده، فان تزوجها بغير إذن مولاه فالطلاق بيد المولى » و خبر أبي بصير (٦) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يأذن لعبده أن يتزوج الحرة أو أمة قوم الطلاق إلى السيّد أو إلى العبد ؟ قال : الطلاق إلى العبد » و خبر عليّ بن يقطين (٧) عن العبد الصالح عليه السلام « سألته عن رجل يتزوج

---

(١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٦٠ .

(٢و٤) الوسائل الباب -٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٢ - ١ من كتاب الطلاق .

(٣) سورة النحل : ١٦- الاية ٧٥ .

(٥ و٦) الوسائل الباب -٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٥-٣ من كتاب الطلاق والثانى عن أبى عبدالله عليه السلام الا أن الموجود فى الكافى ج ٦ ص ١٦٨ قال : « سألت أباجعفر عليه السلام » .

(٧) الكافى ج ٦ ص ١٦٨ .

غلامه جارية حرة، فقال: الطلاق بيد الغلام» و خبر محمد بن الفضيل (١) عن أبي الحسن عليه السلام «طلاق العبد إذا تزوّج امرأة حرة أو تزوج وليدة قوم آخرين إلى العبد، و إن تزوج وليدة مولاه كان هو الّذي يفرّق بينهما إن شاء، وإن شاء انتزعها منه بغير طلاق» و حسن عليّ بن جعفر (٢) عن أخيه عن آبائه عن علي عليهم السلام «إنه أتاه رجل بعبده فقال: إن عبدي تزوج بغير إذني، فقال علي عليه السلام لسيده: فرّق بينهما، فقال السيّد لعبده: يا عبدالله طلّق، فقال علي عليه السلام: كيف قلت له؟ فقال: قلت له: طلق، فقال علي عليه السلام للعبد: الآن فان شئت فأمسك و إن شئت فطلق، فقال السيّد: يا أميرالمؤمنين أمر كان بيدى جعلته بيد غيرى، قال: ذلك لأنك حيث قلت له: طلق اقررت له بالنكاح» و غير ذلك، وهي مع تعاضدها واستفاضتها وفتوى المشهور بها فيها الصحيح والموثق وغيرهما، فما في المسالك من عدم خبر صحيح للمشهور لا يخفى ما فيه.

نعم يعارضها صحيح العجلي (٣) عن أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام «في العبد المملوك ليس له طلاق إلاّ باذن مولاه» و صحيح زرارة (٤) عنهما عليهما السلام أيضاً «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلاّ باذن سيّده، قلت: فان كان السيّد زوّجه بيد مَن الطلاق؟ قال: بيد السيد، ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء (٥)

(١) ذكر ذيله فى الوسائل الباب -٤٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥ عن عبدصالح عليه السلام كما فى التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ والاستبصار ج ٣ ص ٢٠٥، وذكر تمامه فيالفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ الرقم ١٦٧٢ عن أبيالحسن عليه السلام.

(٢) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٧.

(٤) الوسائل الباب -٤٥- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ١ - من كتاب الطلاق.

(٥) سورة النحل: ١٦- الاية ٧٥.

الشيء الطلاق » وصحيح البجلي (١) عن أبي إبراهيم عليه السلام « سألته عن الرّجل يزوّج عبده أمة ثمّ يبدوله فينتزعها منه بطيبة نفسه أيكون ذلك طلاقاً من العبد؟ قال : نعم، لأنّ طلاق المولى هو طلاقها ، ولا طلاق للعبد إلاّ باذن مولاه» وصحيح العقرقوفي(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد ، قال : ليس له طلاق ولا نكاح ، أما تسمع الله يقول : (٣) عبداً مملوكاً لايقدر على شيء ، قال : لايقدر على نكاح ولا طلاق إلاّ باذن مولاه » .

بل عن العماني وابن الجنيد أن الطلاق مطلقاً إلى السيّد إن شاء فرّق بينهما ، بل ظاهر ثاني الشهيدين الميل إلى ذلك ، لصحة هذه النصوص التي تقصر تلك النصوص - لضعف سندها - عن تخصيصها وموافقتها للكتاب ، لكن فيه أن تلك خاصة و هذه عامة ، بل قد يشعر خبر العجلي منها بارادة خصوص نكاح أمة السيّد ، كما أن ظاهر بعض النصوص السابقة إرادة ذلك خاصة من الأمة ، فلا تكون مخالفة للكتاب حينئذ .

و احتمال الجمع بين النصوص بحمل أخبار المشهور على طلاق العبد باذن المولى يدفعه - مع أنه خرق للاجماع - تصريح بعضها بالاستقلال و عدم التوقف على الاذن، فليست هي حينئذ بالنسبة إلى ذلك إلاّ متنافية يفزع فيها إلى الترجيح، ولا ريب في تحققه ، للشهرة والتعاضد والأخصية وغير ذلك .

و احتمال العكس - بموافقة التقيّة التي تظهر من خبر العياشي بسنده (٤) عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال : « كان عليّ بن أبي طالب عليه السلام يقول : ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لايقدر على شيء ويقول : العبد لاطلاق له ولا نكاح ، ذلك إلى سيّده ، و الناس يرون خلاف ذلك ، إذا أذن سيّد لعبده لا يرون له أن يفرّق بينهما » - يدفعه - مع أنه مخالف للمحكي عن أمير المؤمنين عليه السلام فيما سمعته من خبر علي

(١ و٢) الوسائل الباب -٦٦- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ -٢ .

(٣) سورة النحل : ١٦ - الآية ٧٥ .

(٤) المستدرك الباب -٤٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

ابن جعفر (١)- أن الموجود فيما حضرني من كتب العامة إطلاق كون الطلاق بيد العبد، فيمكن أن يكون إنكار أمير المؤمنين عليه السلام في عموم ذلك على وجه يشمل نكاح أمة السيد، فليس هذا الخبر إلاّ كغيره من الأخبار العامة التي يجب تخصيصها بأخبار المشهور، بل قد يقال: إن هذه النصوص مطرحة حتّى من الخصم، فان الطلاق عنده إلى السيّد، لا أنه من العبد ولكن باذن السيد كما هو ظاهر هذه النصوص.

و من ذلك كلّه يعلم ضعف المحكي عن الحلبي من أن للسيّد إجباره على الطلاق محتجّاً بما دلّ من وجوب الطاعة عليه، ضرورة إمكان منع وجوبها عليه في ذلك وإن وجبت عليه الطاعة في غيره كالولد، على أن ذلك ليس خلافاً عند التأمّل في المسألة، لظهوره في كون الطلاق للعبد وبيده، ولكن للسيّد إجباره عليه لوجوب امتثال العبد سيّده فيما يأمره به، وهو أمر خارج عما نحن فيه، كما هو واضح. بل إن أراد من الاجبار أن للمولى الطلاق قهراً عليه نحو قولهم: «له إجبار على النّكاح» كما عساه يومىء إليه ما ذكره له دليلاً في المختلف كان راجعاً إلى القول الثاني.

و ربما انقدح من ذلك وجه قوة للأول فانه لا فائدة في السلطنة على نكاحه قهراً مع كون الطلاق بيده، على أنه ربما تعلق غرض للمولى في بقاء نكاحه لاستنماء ونحوه، كلّ ذلك مضافاً إلى خبر محمد بن علي (٢) المتقدم سابقاً بأن للمولى أن يفرّق بينهما لو زوّجه حرة، وهو غير قابل للتخصيص بهذه الأخبار، نعم هو ضعيف محتمل لما عرفت، وعلى كلّ حال ففي لحوق هبة المدة في المنقطع بالطلاق وجهان، هذا في نكاح العبد الحرة أو أمة الغير.

﴿ و﴾ أما ﴿ لو زوّجه أمته كان عقداً صحيحاً﴾ عند المشهور بين الأصحاب،

---

(١) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٣ .

بل هو الظاهر بينهم ومن النصوص (١) خصوصاً الّتي ذكر فيها الطلاق ، بل لعله صريح صحيح ابن يقطين (٢) سأل الكاظم عليه السلام « عن المملوك يحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ، قال : لا يحل له» ﴿ لا إباحة ﴾ كما عن ابن إدريس ، لجواز تفريق المولى بينهما كما ستعرف بالأمر بالاعتزال و نحوه ، ولو كان عقد نكاح لم ينفسخ إلاّ بالطلاق ونحوه من فواسخ النكاح ، و فيه منع واضح بعد ثبوت ذلك بالأدلة كغيره من الفواسخ ، ولقول الباقر عليه السلام في صحيح ابن مسلم (٣) وقد سأله عن الرجل كيف ينكح عبده أمته : « يجزؤه أن يقول : قد أنكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه ولو مداً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك» وربما كان دلالته على الأوّل أوضح للفظ الإنكاح والاجزاء به عن ذكر القبول لظهوره، أو يقال : لاحاجة هنا إلى القبول ، لأن العبد ممن لا يملكه ، لجواز إجباره من المولى فهو يتولى طرفي العقد ، و «أنكحتك فلانة » يتضمنهما، وفي المسالك عدّ ذلك بعد أن حكاه عن المختلف قولاً ثالثاً واستوجهه لما عرفت إلاّ أنه كما ترى ليس قولاً في المسألة ، ضرورة كونه عقد نكاح عند القائل به، إلاّ أنه اكتفى بالقبول الضمني، و هو غير ما نحن فيه ، على أنه قد يناقش بعدم التلازم بين تولية طرفي العقد و بين الاكتفاء في الايجاب عن القبول ، فان باقي الأولياء وإن جاز لهم تولي طرفي العقد لكن لابد من ذكر صورة العقد ، اللّهم إلاّ أن يفرّق بكونه هنا مالكاً لاأنه قائم مقام المولى عليه ، وفيه أنه مع ذلك لابد من ذكر صورة العقد ، لمعلومية كون النكاح من العقود ، كمعلومية عدم الاكتفاء بنحو ذلك عن القبول فيه وفي غيره من العقود اللازمة ، و أوفق بالاحتياط في الخروج عن أصل عدم الانتقال ، وخصوصاً في الفروج، والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب -٤٣ و٤٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء والباب -٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب -٣٣- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب -٤٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

﴿و﴾ كيف ﴿كان﴾ ف﴿الطلاق بيد المولى﴾ إجماعاً بقسميه و نصوصاً (١) مستفيضة بل متواترة ، فما في مكاتبة عليّ بن سلمي(٢) « كتبت إليه جعلت فداك رجل له غلام وجارية فزوّج غلامه جاريته ثم وقع عليها سيدها هل يجب في ذلك شيء ؟ قال : لاينبغي له أن يمسها حتّى يطلقها الغلام » من الشواذ المحتملة لاسقاط «من» من النساخ وغيرذلك ، كما أن ما في القواعد ـ من أنه « لو استقل العبد بالطلاق وقع على إشكال » ـ من الغرائب ، ضرورة اتفاق النصوص ﴿ و ﴾ الفتاوى كما سمعت على انحصاره في السيّد ، بل قد يشكل صحته من العبد باذن السيّد ، إذا لم يكن بطريق الاقالة ، بل ﴿ له أن يفرّق بينهما بغير لفظ الطلاق ، مثل أن يقول : فسخت عقد كما﴾ أو فرّقت بينكما ﴿أو يأمر﴾ هما أو ﴿أحدهما بالاعتزال عن صاحبه﴾ أو نحو ذلك بلاخلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى استفاضة النصوص (٣) أو تواترها به ، كصحيح ابن مسلم (٤) « سأل الباقر عليه‌السلام عن قول الله عزّ وجلّ (٥) والمحصنات من النساء إلاّ ماملكت أيمانكم ، قال : هو أن يأمر الرجل عبده وتحته أمته فيقول له : اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثمّ يحبسها حتّى تحيض ، ثمّ يمسها » وغيره. فما في كشف اللثام ـ من أنه يشكل على القول بكونه نكاحاً إن لم يكن عليه إجماع ، للاحتياط وعدم نصوصية الأخبار ـ واضح الضعف لتحقق الاجماع الّذي به تخرج الأدلة عن الظهور إلى الصراحة ، فلا احتياط حينئذ ، على أن ظاهر الدليل كصريحه حجة شرعية لايجوز الاجتهاد في مقابلته ، ولا استبعاد في انفساخ النّكاح ـ وإن كان عقداً ـ بذلك بعد الدليل ، نحو الفسخ بالعيب وغيره ، بل ربما ظهر من بعضهم احتمال تحقق فسخ هذا العقد بأمر العبد بالطلاق ، لأولويته من الأمر

---

(١) الوسائل الباب ـ٤٣ و٤٥ـ من أبواب مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب ـ٤٤ـ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٣ عن علی بن سليمان كما فیالتهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ الرقم ١٤٥٧ .

(٣و٤) الوسائل الباب ـ٤٥ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ٠ـ ١ .

(٥) سورة النساء : ٤ـ الاية ٢٤ .

بالاعتزال في الدلالة على ذلك و إن كان الأقوى خلافه ، ضرورة ظهور الأدلة على اعتبار إنشاء الفسخ منه بلفظ دال عليه وظاهر الأمر لايقضي بذلك ، أللّهمّ إلاّ أن يكون قرينة على إرادة إنشاء الفسخ به ، فانه حينئذ يكون فسخاً لابدونها ، ضرورة كونه حينئذ أمراً بايجاد الفسخ ، فلايكون هو فسخاً ، ولأنه يستدعي بقاء النكاح إلى أن يوقع الطلاق وهو ينافي الانفساخ ، بل مدلوله الّذي هو طلب امتثال الأمر بايقاع الطلاق ينافيه ، بل لودل على الفسخ لامتنع إنشاؤه فامتنع الخطاب به ، نعم لو قلنا إن العقد إباحة أو فرض نكاح العبد بها أمكن حينئذ الاكتفاء به في انقطاع الاذن باعتبار دلالته على عدم الرضا المنافي للاباحة ، فيكفي حينئذ .

مع إمكان أن يقال على هذا التقدير أيضاً بأنه و إن كان إباحة إلا أنه مفاد عقد لا ينفسخ إلابانشاء فسخه ، فتنقطع حينئذ ، ولايكفي في دفعها مجرد عدم الرضا من دون إنشاءِ فسخ يقتضيها ، أللهم إلا أن يدعى كونها إباحة صرفة كاباحة الطعام ودخول الدار وغيرذلك ممايكفي فيه جميع مايدل على انقطاع الاذن ، فتأمّل جيّداً كي تعرف ما في جملة من كلمات بعض الناس .

و كذلك الأقوى أيضاً عدم تحققه بالطلاق الفاسد بسبب فقد شرط من شرائطه خلافاً لبعضهم ، فجعله فسخاً لا طلاقاً ، و هو وإن كان لا يخلو من وجه ، إلاّ أن الأحوط و الأقوى خلافه ، لأن المقصود الفسخ الطلاقي دون غيره و لم تحصل و الحصة من الجنس تذهب مع الفصل ، فلو وقع فسخ غيره كان ماوقع غير مقصود وما قصد غيرواقع .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿هل يكون هذا اللفظ ﴾ وهو « فسخت » وما شابهه في فسخ عقدالنكاح ﴿طلاقاً ؟ قيل﴾والقائل الشيخ في المحكي من تهذيبه واستبصاره : ﴿ نعم﴾، فيثبت فيه حينئذ مايعتبرفيه من الشرائط ويلحقه أحكامه ﴿ حتّى لو كرّره مرّتين و بينهما رجعة حرمت حتّى تنكح زوجاً غيره ﴾ لظهور أن المراد من نصوص (١) المقام توسعة ما يحصل به الطلاق هنا وإن كان لايقع بالكناية في غيره

(١) الوسائل الباب -٤٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

لمعلومية أنه الأصل في زوال النكاح، ولافادته فائدته كالخلع، ولا شعار التخيير بين لفظ الطلاق وغيره لقيام الفسخ مقامه في ذلك، وبه يفرّق بين المقام وبين غيره من محال الفسخ الّتي لا يتخير فيها بين الطلاق و غيره، ولخبر ابن زياد (١) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يزوج عبده أمته ثمّ يبدو للرجل في ذلك فيعزلها عن عبده ثمّ يستبرئها و يواقعها، ثمّ يردّها على عبده، ثمّ يبدوله بعد فيعزلها عن عبده، أيكون عزل السيّد الجارية عن زوجها مرتين طلاقاً لاتحل حتّى تنكح زوجاً غيره أم لا ؟ فكتب لا تحل له إلاّ بنكاح ».

﴿ و قيل : يكون فسخاً ﴾ لا طلاقاً ﴿ و هو أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده الّتي منها أصالة عدم لحوق أحكام الطلاق له، و معلومية اعتبار اللفظ المخصوص في الطلاق وأنه لايقع بالكناية مطلقاً، ومشاركته له في بعض الأحكام لايقتضي كونه طلاقاً كالتخيير المزبور، و دعوى ظهور النصوص (٢) في التوسعة المزبورة على الوجه المذكور ممنوعة على مدعيها و إنما هي ظاهرة في التوسعة فيما يحصل به الفسخ وعدم انحصاره في الطلاق، والخبر (٣) مع عدم جمعه لشرائط الحجية مبنى على عدم اعتبار تحلل الوطء بين المرتين في الحرمة حتّى تنكح، وفيه ماعرفته سابقاً وتعرفه في محله، على أنه لايقتضي عموم لحوق أحكام الطلاق.

فالتحقيق حينئذ جريان أحكام الطلاق على ما كان منه بلفظه وارداً على عقد النّكاح الدائم جامعاً لشرائطه المعتبرة فيه، و حكم الفسخ على غيره وإن كان مورده العقد، و حينئذ فليس شيء من اللفظين الأخيرين و ماشابههما طلاقاً، لعدم كونهما من ألفاظه، ولايعدّ الفسخ بهما من الطلقتين المحرمتين لها إلى أن تنكح زوجاً غيره، بل على القول بالاباحة ليس لفظ الطلاق طلاقاً فضلاً عنهما، بل هو حينئذ كما لو وقع على التحليل والمنقطع، ومن الغريب ماعساه يظهر من المحكي

(١و٣) الوسائل الباب ـ٢٩ـ من أبواب اقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب ـ٤٥ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

عن بعضهم من كون جميع أفراد الفسخ طلاقاً حتّى لو كان النكاح إباحة أومنقطعاً إذهو كما ترى. ﴿ولوطلّقها الزّوج ثمّ باعها المالك أتمّت العدة﴾ بلا إشكال ولا خلاف ﴿ و﴾ لكن ﴿ هل يجب أن يستبرئها المشترى ب﴾ الحيضة مثلاً ﴿ زيادة عن العدة؟ قيل ﴾ كما عن الشيخ و جماعة : ﴿ نعم ، لأنهما حكمان ، وتداخلهما على خلاف الأصل ، و قيل : ليس عليه استبراء لأنها مستبرأة ، و هو أصح ﴾ لأن الاستبراء انما هو لتحصيل العلم ببراءة الرحم ، ولذا يسقط إن كانت حائضاً وهو يحصل بانقضاء العدة ، هذا كله في نكاح الأمة بالعقد .

﴿ و أما ﴾ نكاحها ب﴿ الملك ف﴾ هو ﴿ نوعان : (الأول) ملك الرقبة ﴾ لا خلاف ولا إشكال في أنه ﴿ يجوز أن يطأ الانسان بملك الرقبة مازاد على أربع من غير حصر﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، و النصوص (١) متواترة فيه ، بل العموم في الكتاب(٢) السالم عن المعارض كاف فيه .

﴿ و ﴾ كذا لاخلاف ولا إشكال في جواز ﴿ أن يجمع في الملك بين المرأة وأمها ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه أيضاً مضافاً إلى النصوص (٣) ضرورة عدم كون الملك نكاحاً ، ولذا جازله ملك من حرم عليه وطؤها بالنسب ﴿ لكن متى وطأواحدة﴾ بأيّ وجه كان ﴿ حرمت الأُخرى ﴾ عليه ﴿ عينا ﴾ .

﴿ و ﴾ كذا له ﴿ أن يجمع بينها وبين أُختها بالملك و﴾ لكن ﴿ لو وطأ واحدة﴾ به ﴿ حرمت الأُخرى﴾ عليه ولكن﴿ جمعاً﴾ أي مادامت الأُولى مملوكة له و إن اعتزلها أو حرّمها على نفسه بنكاح ونحوه ﴿ فلو أخرج الأُولى ﴾ مثلاً ﴿ عن ملكه حلت له الثانية ﴾ كما مر الكلام في ذلك كلّه مفصلاً ﴿ و ﴾ من أنه ﴿ يجوز﴾ أيضاً بلاخلاف ولاإشكال ﴿ أن يملك﴾ الابن ﴿ موطوءة الأب كما﴾ أنه ﴿ يجوز للوالد ملك موطوءة ابنه و﴾ إن كان ﴿ يحرم على كلّ واحد منهما وطء

---

(١) الوسائل الباب -٤- من أبواب المتعة الحديث ٦ و٨ و١١ و١٢ و١٣ .

(٢) سورة النساء : ٤- الاية ٢٤ .

(٣) الوسائل الباب -٢١- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة .

من وطأها الآخر عيناً ﴾ لدخولهما حينئذ فيما نكح الأب و حلائل الأبناء بل الاجماع عليه.

﴿ و يحرم على المالك وطء مملوكته إذا زوّجها ﴾ بغيره ولو عبده ﴿ حتّى تحصل الفرقة وتنقضي عدتها إن كانت ذات عدة ﴾ بلاخلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً إلى النصوص (١) المعتبرة لخبر مسمع (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشر لا يجوز نكاحهن ولا غشيانهن - إلى أن عدّ منها - أمتك ولها زوج » ونحوه الآخر (٣) بزيادة « وهي تحته » وخبر مسعدة بن زياد (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام: « يحرم من الاماء عشر - إلى أن قال - ولا أمتك ولها زوج، ولا أمتك وهي في عدة » وغيرها.

﴿ و ليس للمولى فسخ العقد ﴾ إذا لم يكن الزوج عبده ﴿ إلاّ أن يبيعها ﴾ مثلاً ﴿ فيكون المشترى بالخيار ﴾ على ماعرفته مفصلاً.

﴿ و كذا لايجوز له النظر منها إلى ما لايجوز لغير المالك ﴾ إذ هي حينئذ كالأجنبية بالنسبة إليه، و ملكه لها بعد ان كان الاستمتاع بها مملوكاً لغيره غير مجد، لاطلاق الحرمة في خبر مسعدة، وإطلاق الأمر (٥) بغضّ البصر ومادل (٦) على حرمة المحصنة و ذات البعل و غير ذلك مما يقتصر فيه على المتيقن، و هـو المملوكة نكاحاً دون غيرها ممالك نكاحها وإن بقيت على الملكية من حيث الرقبة، و لصحيح الحلبي (٧) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل زوّج مملوكته عبده فتقوم

(١) الوسائل الباب -٤٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مايحرم بالرضاع الحديث ٤ وفيه « ثمانية لاتحل مناكحتهم .... أمتك ولها زوج ».

(٣و٤) الوسائل الباب -١٩- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢-١.

(٥) سورة النور: ٢٤ - الاية ٣٠.

(٦) سورة النساء: ٤ -الاية ٢٤ والوسائل الباب-١٦- من أبواب مايحرم بالمصاهرة.

(٧) الوسائل الباب -٤٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ عن عبدالرحمان ابن الحجاج كما في التهذيب ج ٨ ص ١٩٩ الرقم ٦٩٨.

عليه كما كانت عليه فتراه متكشفاً أو يراها على تلك الحال ، فكره ذلك ، وقال : قد منعني أن أُزوج بعض خدمي غلامي لذلك » المراد الحرمة من الكراهة به ، وصحيح عبيد (١) عنه عليه السلام أيضاً « عن الرجل يزوج جاريته هل ينبغي له أن ترى عورته ؟ قال : لا وأنا أتقي ذلك من مملوكتي إذا زوّجتها » .

بل في كشف اللثام نسبة ما في القواعد من الحرمة عليه من كلّ جهة حتّى النظر بشهوة أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى النص و الاجماع ، لكن مع ذلك كلّه توقف في الرياض في حرمة النظر إلى غير العورة بغير شهوة ، بل ظاهره الميل إلى الحل ، لأصلي الاباحة و بقاء حل النظر ، وإشعار الخبر (٢) في قرب الاسناد « إذا زوّج الرجل أمته فلا ينظر إلى عورتها ، والعورة مابين الركبة والسرّة » بالجواز في غيرها ، قال : « والاجماع موهون قطعاً بمصير جماعة إلى العدم » .

وفيه أن الأصلين لا يصلحان لمعارضة ماعرفته من الاجماع المحكي وغيره ، ولا إشعار في الخبر المزبور إلاّ بمفهوم اللقب الّذي هو غير حجة ، والاجماع لا يوهنه مخالفة بعض متأخرى المتأخرين المختلي الطريقة ، بل لعلّ ذلك منهم مما يؤكده كما لا يخفى على من تتبع مظان ماوقع منهم من الخلاف ، فلا إشكال حينئذ في صيرورتها بحكم الاجنبية إلى انقضاء عدّتها ولو بائنا احتراماً للزوجية .

بل الظاهر أن الموطوءة بالتحليل كذلك كما صرح به في جامع المقاصد وغيره ، نعم قد يتوقف في حرمة الاستمتاع بالمحلل منها دون الوطء مع أن الأحوط إن لم يكن الأقوى اجتنابها ، لأنه لاشتراك في النكاح وتوابعه ، كما أن الأحوط اجتناب المحللة وإن لم توطأ إجراءً لعقد التحليل مجرى عقد النكاح .

و الأحوط أيضاً اجتناب الاستمتاع حتّى بالنظر في المعتدة عن وطء الشبهة مدة عدتها وإن كان قد يقوى حل ماعدا الوطء منه، للأصل وفحوى ماورد في الأمة المستبرأة أيام استبرائها من جواز الاستمتاع بها في غير الوطء .

(١و٢) الوسائل الباب -٤٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢-٧ .

﴿و﴾ كيف كان فقد عرفت فيما تقدم أنه ﴿ لايجوز له وطء أمة مشتركة بينه وبين غيره بالملك ﴾ لأن لها فرجاً واحداً لا فرجين ، ولا بالعقد أيضاً ، لما عرفت من عدم التبعيض في أسباب النّكاح ، نعم في التحليل من الشريك البحث السابق ، ﴿و﴾ كذا لايجوز أيضاً غير الوطء من باقي الاستمتاعات.

﴿و﴾ كذا ﴿لايجوز للمشترى﴾ مثلاً ﴿ وطء الأمة﴾ المشتراة الّتي يجب عليه استبراؤها ﴿ إلاّ بعد استبرائها ﴾ أما غير الوطء فالظاهر جوازه فتوى ونصا (١) .

﴿ ولو كان لها ﴾ أي الأمة المشتراة ﴿ زوج فأجاز﴾ المشترى ﴿ نكاحه لم يكن له بعد ذلك فسخ ﴾ نكاحه ضرورة صيرورته حينئذ كالنكاح المبتدأ باذنه ﴿ وكذا لو علم فلم يعترض﴾ لما عرفت من فورية الخيار ، فيحرم حينئذ مطلق الاستمتاع بها عليه ﴿ إلاّ أن تفارق الزوج وتعتد منه إن كانت من ذوات العدد﴾ لأنه أمة ذات زوج ﴿ و ﴾ قد عرفت الكلام فيها ، نعم ﴿ او لم يجز نكاحه ﴾ بل فسخه ﴿ لم يكن عليها عدة وكفاه الاستبراء ﴾ بحيضة أو خمسة و أربعين يوماً ﴿ في جواز الوطء﴾ عند الفاضل وغيره ، لاطلاق مادل (٢) على حلية الأمة المشتراة به، ولأن المطلوب العلم ببراءة الرحم ، وهو حاصل بذلك، ولخبر الحسن بن صالح(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «نادى منادى رسول الله صلى الله عليه وآله بيوم أوطاس أن استبرؤوا سبايا كم» ولا شك أن فيهن من كانت مزوّجة .

لكن الأقوى وجوب العدة وفاقاً للكركي وثاني الشهيدين و الفاضل الهندي وغيرهم . بل هو المحكي عن الفاضل في القواعد في العدد ، لأصالة الحرمة قبلها ، و لأنها هي الأصل في فسخ النكاح بطلاق أوغيره ، و أخبار الاستبراء للمشترى إنما هي من حيث احتمال وطء السيّد ، ولهذا يسقط لو كان البائع امرأة ، والخبر

(١) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء .
(٢) الوسائل الباب ـ٣و١٠ و١٦ و١٧ و١٨ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء .
(٣) الوسائل الباب ـ١٧ـ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ .

المزبور مع إمكان منع معلومية ذوات الأزواج فيهن غير جامع لشرائط الحجية ، نعم يقوى أن الاكتفاء بحيضة أو خمسة و أربعين يوماً في عزل السيّد أمته عن عبده بغير الطلاق للنصوص (١) المصرحة بذلك التي قد مرّ بعضها ، ولولاها لكان المتجه فيه الاعتداد أيضاً ، والله العالم .

﴿و يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب﴾ من أزواجهن وغيرهم ﴿و كذا بناتهم﴾ وغيرهن إجماعاً ، لأنهم فيء للمسلمين يجوز استنقاذه بكل وجه فالملك المترتب على ذلك بالاستيلاء حقيقة لا به ، ضرورة كونه بيعاً فاسداً .

﴿و﴾ كذا يجوز إجماعاً ابتياع ﴿ما يسبيه أهل الضلال منهم﴾ ، و للأخبار (٢) فيترتب عليه حينئذ آثار الابتياع الصحيح من حل الوطء بالملك وغيره ، وأن الجميع للامام أو فيه حق الخمس ، للرخصة منهم عليهم السلام لشيعتهم كي تطيب مواليدهم (٣) كما أوضحنا ذلك في كتاب الخمس (٤) .

﴿تتمة﴾

﴿تشتمل على مسألتين﴾ قد تقدم الكلام في ﴿الأولى﴾ منهما في كتاب البيع ، وهي ﴿كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك﴾ و لوارثاً ﴿حرم عليه وطؤها﴾ قبلاً بل و دبراً على إشكال ﴿حتى يستبرءها بحيضة﴾ مع احتمال وطء السيّد لها ، بل وعلمه للنص(٥) على الاجتزاء بذلك للسيّد لو أراد بيعها مع وطئها ،

(١) الوسائل الباب -٤٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب -٥٠- من أبواب جهاد العدو من كتاب الجهاد .

(٣) الوسائل الباب -٤- من أبواب الانفال من كتاب الخمس .

(٤) الجزء ١٦ ص ١٥٦ - ١٥٨ .

(٥) الوسائل الباب -٦- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

ولأن اجتزاء المشتري بذلك للاحتياط الّذي يراعي فيه الاكتفاء بذلك على تقدير الوقوع ، و بالجملة تستبرأ بتلك مطلقا و إن كان الموجود في النصوص (١) الشراء و الاسترقاق لكنها دالة بالفحوى أو بمعونة فتوى الأصحاب المؤيدة بالاحتياط والتحرز من اختلاط الأنساب على الجميع ، فما عن بعضهم ـ من الاقتصار على مورد النصّ لعموم « ماملكت أيمانهم» (٢) واصالة عدم الاشتراط ، وانحصار الأخبار فيما ذكر بل عن ابن حمزة التصريح باستحباب استبراء من لاتحيض وهي في سنّ من تحيض ـ في غير محله خصوصاً الأخير .

وكيف كان ﴿ فان تأخرت الحيضة ، وكان في سنّها من تحيض اعتدت بخمسة و أربعين يوماً ﴾ بياضاً ، و في الاجتزاء بالملفق وجه ، الأحوط خلافه ، سيما إذا كان التلفيق من الليل ، كما أن الأحوط اعتبار الليالي أيضاً لاعتبار خمسة و أربعين ليلة في خبري منصور (٣) وعبدالرحمان (٤) بل عن المفيد استبراؤها بثلاثة أشهر ، ولكنه متروك .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ يسقط ذلك ﴾ أي الاستبراء ﴿ إذا ملكها حائضاً إلاّ مدة حيضها ﴾ المحرم وطؤها فيه ، فيكفي حينئذ في جوازه الطهارة من تلك الحيضة ولو لحظة ، وفاقاً للمحكي عن الشيخ والأكثر ، للعلم بالبراءة مع الأصل بل الظاهر صدق استبرائها بحيضة ، فلا يحتاج إلى استثناء ، و لصحيح الحلبي (٥) سأل الصادق عليه‌السلام « عن رجل اشترى جارية وهي حائض ، قال : إذا طهرت فليمسها إن شاء » و خبر زرعة عن سماعة (٦) « سألته عن رجل اشترى جارية و هي طامث

---

(١) الوسائل الباب ـ١٠ـ من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة والباب ـ١٧ـ من نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) سورة المؤمنون : ٢٣ـ الاية ٦ .

(٣ و٤و٥) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥ـ٦ ـ١.

(٦) الوسائل الباب ـ١٠ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

أيستبرىء رحمها بحيضة اُخرى أو تكفيه هذه الحيضة ؟ قال : لا ، بل تكفيه هذه الحيضة ».

نعم قيل : لابد من أن يكون حيضاً ظاهراً لا من استحيضت و هي مبتدأة أو مضطربة، وخصّص حيضها بتلك الأيّام بالتخيير الوارد في النصوص(١)ولعله للاحتياط وعدم اليقين ، فتستصحب الحرمة ، فتستبرأ حينئذ بخمسة و أربعين يوماً ، أو بيقين الحيض متى حصل ، أو بشهر لكونه بدل الحيضة في غير مستقيمة الحيض ، و لخبر ابن سنان (٢) الآتي أوجه ، بل ربما احتمل ذلك أيضاً في ذات التميز و إن كان هو واضح الضعف ، ضرورة صراحة الروايات (٣) بحيضة ، بل لايبعد الاكتفاء بالتحيض بكل ماورد به الشرع .

و على كلّ حال فما عن ابن إدريس ـ من اعتبار القرئين في المشتراة حائضاً بمعنى اعتبار حيضة اُخرى للأمر بالاستبراء بها ، و الاُولى حيضة قد مضى بعضها قبل الشروع في الاستبراء ، و لخبر سعد الأشعري (٤) عن الرضا عليه السلام من الاستبراء قبل البيع بحيضتين المحمول على ذلك ـ كما ترى بعد ما عرفت ، وجواز حمل الخبر على الاستحباب أو على من وطئت حائضاً ولو لشبهة ، فان احتمال اعتبار حيضة مستأنفة فيه لايخلو من قوة وإن لم أجد تصريحاً به .

﴿ و كذا ﴾ يسقط ﴿ إن كانت لعدل وأخبر باستبرائها ﴾ للعلم الشرعي حينئذ بالبراءة والأصل والعموم والأخبار (٥) وهي كثيرة ذكرناها في كتاب البيع، لكنها

---

(١) الوسائل الباب ـ٨ـ من أبواب الحيض من كتاب الطهارة .

(٢) الوسائل الباب ـ ٦ ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب ـ١٠ـ من أبواب بيع الحيوان الحديث ٦ والباب ـ١١ـ منها الحديث ٣ و ٥ من كتاب التجارة .

(٤) الوسائل الباب ـ١٠ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب ـ٦ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء والباب ـ١١ـ من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة .

مقيدة بالثقة أو الأمن إلاّ أن المصنف والفاضل وغيرهما خصّاهما بالعدل، للاحتياط ولأنه الثقة المأمون شرعاً ، و يمكن الاكتفاء بحصول العلم العادي باخباره وإن لم يكن ثقة ، بل عن ابن إدريس وجوبه وإن كان المخبر عدلاً ، كما عن الشيخ الاحتياط به ، فيجب حينئذ الاستبراء مع عدمه حتّى لو كان المخبر عدلاً ، ولعله لعموم الأمر به المخصص بماعرفت، وخصوص خبر عبدالله بن سنان (١) سأل الصادق عليه السلام « أشترى الجارية من الرجل المأمون فيخبرني أنه لم يمسها منذ طمثت عنده و طهرت ، قال : ليس بجائز أن تأتيها حتّى تستبرئها بحيضة ، ولكن يجوز ذلك مادون الفرج، إنّ الذين يشترون الإماء ثمّ يأتوهنّ قبل أن يستبرؤوهنّ فأولئك الزناة بأموالهم » وغيره الّتي يمكن حملها على الكراهة .

﴿و كذا﴾ يسقط ﴿إن كانت لامرأة﴾ وفاقاً للمحكي عن الأكثر ، للأصل وعموم «ماملكت» (٢) وخصوص خبر ابن أبي عمير عن حفص (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الأمة تكون للمرأة فتبيعها ، قال : لا بأس بأن تطأها من غير أن تستبرئها » و نحوه حسن رفاعة أو صحيحه (٤) عن أبي الحسن عليه السلام وغيره ، خلافاً للمحكي عن الحلي فأوجبه أيضاً ، للعموم المخصوص بماعرفت ، نعم لاريب في أنه أحوط .

﴿ أو يائسة ﴾ لمعلومية براءة رحمها ، قال منصور بن حازم (٥) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الجارية الّتي لايخاف عليها الحمل ، قال: ليس عليها عدة »ونحوه خبر عبدالرحمان (٦) بل لا موضوع للاستبراء فيها ، و من هنا كان المتّجه عدم

---

(١) الوسائل الباب ـ١١ـ من أبواب بيع الحيوان الحديث ٥ من كتاب التجارة .

(٢) سورة المؤمنون : ٢٣ـ الاية ٦ .

(٣) أشار اليه فى الوسائل الباب ـ ٧ ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ و ذكره فى التهذيب ج ٨ ص ١٧٤ الرقم ٦٠٨ .

(٤) الوسائل الباب ـ٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٥و٦) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ـ٣ .

استثنائها ، و خبر ابن سنان (١) الّذي سأل فيه الصادق عليه السلام « عن الرجل يشترى الجارية لم تحض ، قال : يعتزلها شهراً إن كانت قد يئست» محمول على الاستحباب بل عن الكافي والاستبصار « إن كانت قد مسّت » فيكون الأمر بالشهر حينئذ بناء على أغلبيّة حصول الحيضة به ، و كذا يحمل على الندب في خبر عبدالرحمان (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يشترى الجارية و لم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدّتها ؟ قال : خمسة وأربعون ليلة » .

وفي معناها الصغيرة الّتي هي دون تسع سنين ، ولم يذكرها معها هنا، وذكرها في كتاب البيع (٣) ولعله لحرمة وطئها ، وأمّا صحيح الحلبي (٤) - عن الصادق عليه السلام « في رجل ابتاع جارية ولم تطمث ، قال : إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحبل فليس عليها عدّة ، و ليطأها إن شاءت ، و إن كانت قد بلغت ولم تطمث فان عليها العدّة » ففي كشف اللثام « الظاهر أنّ المراد بالصغر القصور عن السن المعتاد للحيض في أمثالها لا عدم البلوغ تسعا ، و كذا المراد بالبلوغ بلوغها السن المعتاد » قلت : و حينئذ يستفاد منه سقوط الاستبراء عمن بلغت التسع لكن لم تبلغ أوان الحمل كما هو المعتاد في بنت العشر وما قاربها ، وربما يشهد له صحيح ابن أبي يعفور (٥) عن الصادق عليه السّلام « في الجارية الّتي لم تطمث و لم تبلغ الحمل إذا اشتراها الرجل ، قال : ليس عليها عدّة ، يقع عليها » بل مال اليها في المسالك ، لكنه لا يخلو من إشكال من إطلاق الأصحاب الاستبراء مع بلوغها سنّ الحيض و إن لم تحض ، و من المعلوم إرادة التسع منه ، فانه زمان إمكان الحيض - فيمكن حمل هذه النصوص على إرادة سقوط الاستبراء عن الصغيرة و أنّ له الوقوع عليها بدونه إذا بلغت ، والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب -٦- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب -٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٦ .

(٣) الجزء ٢٤ ص ٢٠٧ و٢٠٨ ط قم .

(٤و٥) الوسائل الباب -٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-٣.

﴿أو﴾ كانت ﴿حاملاً﴾ فأنه لا استبراء هنا قطعاً ، ضرورة معلومية كونها حاملاً ، إنما الكلام في جواز وطئها مطلقاً و عدمه مطلقاً والتفصيل بالأربعة أشهر وعشرة أيام، فيحرم قبل مضيّها للحمل ويحل بعده ﴿على كراهية﴾ أقوال : أقواها الأخير كما عرفته مفصلاً في كتاب البيع (١) بل هو خيرة المصنف هناك أيضاً و إن اختار هنا الجواز مطلقا على كراهية .

و على كلّ حال فليس هذا من الاستبراء في شيء ، و في جامع المقاصد أنه إن كان الحمل من وطء محترم فلا يجوز وطؤها إلاّ بعد الوضع ، و إن كان من زنا فلا يجوز قبل الأربعة أشهر و عشرة و يجوز بعدها ، بل عن غيره الجمع بين النصوص بحمل مادل (٢) على الحرمة إلى الوضع على الحمل من وطء محترم ، و مادل (٣) على الجواز مطلقا على الحمل من زنا ، و قد تقدم في كتاب البيع تفصيل ذلك كلّه ، فلاحظ وتأمّل ، والله العالم .

و يسقط الاستبراء أيضاً باعتاقها بعد ابتياعها ، وهي .

المسألة ﴿ الثانية ﴾

الّتى أشار اليها المصنف بقوله : ﴿ إذا ملك أمة فأعتقها كان له العقد عليها ووطؤها من غير استبراء ﴾ بلاخلاف أجده فيه كما اعترف به بعض الفضلا ، بل في المسالك دعوى الوفاق عليه ، للأصل وخروجها عن الأمة الّتي حكمها الاستبراء ، وللأخبار كصحيح محمد بن مسلم (٤) عن الباقر عليه السلام « في الرجل يشترى الجارية

---

(١) الجزء ٢٤ ص ٢١١ ـ ٢١٧ ط قم .

(٢) الوسائل الباب ـ٨ـ من أبواب نكاح العبيد و الاماء .

(٣) الوسائل الباب ـ٩ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ـ٣ .

(٤) الوسائل الباب ـ١٦ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

ثمّ يعتقها و يتزوّجها هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها ؟ قال : يستبرئ بحيضة ، قال : قلت : فان وقع عليها ، قال : لا بأس » و نحوه خبر عبيد (١) و أبي‌العباس (٢) عن‌الصادق عليه‌السلام وكفى بذلك كلّه مخرجاً عن عموم العلة المقتضى لعدم سقوط الاستبراء لوسلم دلالة النصوص عليها على وجه تخرج به عن كونها مستنبطة .

﴿و﴾لكن كمادل الصحيح على سقوطه دل على أن ﴿ الاستبراء أفضل ﴾ بل لعله كذلك في كلّ مقام أسقطناه مع احتمال الوطء المحترم ولو من غيرالسيد تحفظاً من اختلاط الأنساب، نعم لايبعد تقييدالسقوط هنا بما إذا جهل‌الوطء المحترم كما في‌القواعد وكشف‌اللّثام وغيرهما لاما إذا علمه وإن أطلق‌الأكثركالنصوص(٣) لعموم مادل (٤) على‌الاستبراء والاعتداد منه، فيستبرئ بحيضة من وطء السيد ، وتعتد إن كانت ذات زوج فسخ نكاحه على‌الأصح، وما في‌جامع المقاصد ـ أنها تستبرئ بحيضة منه أيضاً ـ واضح الضعف ، بل مناف لما اختاره سابقاً .

وعلى كلّ حال لابد من تقييد النص والفتوى بذلك ، بخلاف ما لوجهل ، فان الأصل يقتضي عدم الوطء الموجب للاستبراء السالم عن معارضة نصوصه (٥) المختصة بالأمة دون المعتقة ، ودعوى الاشتراك في‌العلّة يدفعها أنها مستنبطة لا منصوصة ، مع أن الاحتياط لا ينبغي تركه فيه أيضاً ، للاستصحاب ، و لقوّة احتمال استفادة الشركة في‌العلّة من‌النصوص ، خصوصاً بعد أن لم يقتصروا على ما فيها من‌الشراء .

هذا كلّه لو تزوّجها ، أما غيره فلابد له من التربص ثلاثة أشهر ، لصحيح زرارة (٦) « سألت أباعبدالله عليه‌السلام عن‌رجل أعتق سرية أله أن يتزوّجها بغير عدّة ؟

(١و٢و٣) الوسائل‌الباب‌ـ١٦ـ من أبواب نكاح‌العبيدوالاماء الحديث ٢ـ٣ـ٠ـ .

(٤) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٥) الوسائل الباب ـ١٠ـ من‌أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة .

(٦) أشار اليه في الوسائل في الباب ـ ١٣ ـ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ وذكره في التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ الرقم ٦١١ .

قال: نعم، قلت: فغيره قال: لا حتّى تعتد ثلاثة أشهر» ونحوه الصحيح الآخر (١) عنه عليه السلام أيضاً.

لكن ظاهر المصنف تقييد ذلك بما إذا علم وطء المعتق، حيث قال: ﴿ولو كان وطأها وأعتقها لم يكن لغيره العقد عليها إلاّ بعد العدّة، وهي ثلاثة أشهر إن لم تسبق الأطهار﴾ وإلاّ كانت هي العدّة، ضرورة كون العدّة هنا عدّة الطلاق، ونحوه غيره، وهو حسن لعدم المقتضي للعدّة مع العلم بعدم الوطء، بل ومع الجهل، بل وللاستبراء أيضاً، فيجب تنزيل إطلاق الصحيحين على ذلك، بل الظاهر عدم انصرافه إلى غيره، فما وقع من بعض الأفاضل ـ من الحكم بالعدّة مع الجهل تارة والاستبراء اُخرى ـ في غير محله قطعاً.

نعم قد يشكل الحكم هنا بالعدّة للغير ثلاثة أشهر مع الاكتفاء بنكاح السيد لها بعد العتق بالاستبراء بحيضة في صورة العلم بوطء السيّد البائع لها، قال في جامع المقاصد: «واعلم أنه لو علم أنّ الأمة المبتاعة موطوءة وطئاً محترماً من نحو زوج فسخ نكاحه أو من المولى فأعتقها لم يجز له أن يتزوّجها إلا بعد الاستبراء، وتكفي الحيضة، لأن في رواية محمد بن مسلم (٢) استحباب الاستبراء بحيضة مع جهل الوطء، فلو لا أنّ الحيضة تكفي مع العلم به لم يكن لاستحبابها معنى، فانّ الغرض منها يقين براءة الرحم، لاحتمال الوطء، وكان ذلك كافياً قبل العتق فكذا بعده».

و فيه (أوّلاً) أنه مناف لما اختاره سابقاً من العدّة لذات الزوج الّتي فسخ نكاحها وهي أمة فضلاً عن المعتقة لا الاستبراء. (وثانياً) أنه لا فرق حينئذ بينه وبين تزوّج الغير في مفروض المتن هنا، ضرورة أنه إن كان المدار على حال حريتها الموجب اعتداداً لا استبراءً ففي المقامين، و إن كان المدار على وطئها فهي في المقامين مملوكة حاله، فدعوى الاكتفاء بالحيضة للمشترى المعتق الّذي علم وطء سيدها لها دون المقام فعدّة الطلاق للحرّة لا دليل عليها.

(١) الوسائل الباب -١٣- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.
(٢) الوسائل الباب -١٦- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

أللهم إلاّ أن يقال : إنّ الموضوع في الصحيحين المزبورين المعتق سريته وحاصلهما أنه لا عدّة عليه إذا أراد تزويجها ، لأن الماء ماؤه ، فهو كمن عقد على حرّة في عدّتها منه ، بخلاف الأجنبي فان عليه العدّة ، لكونه وطئاً محترماً ، والفرض أنها حرّة ، فلا استبراء بالنسبة اليه ، فانّ المقام ليس مقامه ، بخلاف الموضوع في المسألة الاُولى ، و هي الأمة المبتاعة الموطوءة لسيدها ، فانه كان عليه استبراؤها قبل أن يعتقها إذا أراد وطءها ، فبعد العتق لم يسقط ذلك الاستبراء ، لكون الوطء فيه معلوماً ، فيبقى الخطاب به بحاله ، بل لا يبعد ذلك لو أراد الغير تزوّجها ، فانه لا فرق بينه و بين المبتاع الّذى حصل العتق منه بعد أن علم من الشارع يقين براءة رحمها بالحيضة الّذى لا فرق فيه بين نكاح المعتق ونكاح غيره بالنسبة الى ذلك .

لكن المتجه على هذا التقدير جعل موضوع المسألة في الثانية الأمة الموطوءة للسيد فأعتقها، فانه إذا أراد هو نكاحها لا عدّة عليه ، بخلاف الغير، كما هو مضمون الصحيحين ، و موضوع الاُولى الأمة المشتراة التي علم وطء سيدها لها فأعتقها ثمّ أراد هو أوغيره نكاحها فيجزؤهما الاستبراء بحيضة لما عرفت ، ولكن مع ذلك فالمسألة بعد لا تخلو من إشكال ، وطريق الاحتياط فيها غير خفي .

كما أن ما في المسالك (۱) عن بعضهم بعد أن ذكر سقوط الاستبراء بالاعتاق لو أراد المعتق نكاحها مع احتمال الوطء و إلحاق بعضهم تزويج المولى للأمة المبتاعة بالعتق في سقوط الاستبراء لأنه لا يجب على الزوج استبراؤها ما لم يعلم سبق وطء محترم في ذلك الطهر ، و ذلك لأن الاستبراء تابع لانتقال الملك ، وهو منتف هنا قال تبعاً لما احتمله في جامع المقاصد : « وعلى هذا فيمكن أن يجعل ذلك وسيلة الى سقوط الاستبراء عن المولى أيضاً بأن يزوّجها من غيره ثمّ يطلقها الزوج قبل الدخول ، فيسقط الاستبراء بالتزويج والعدّة بالطلاق قبل المسيس و إن وجد ما يظن كونه علّة الاستبراء ، وهو اعتبار براءة الرحم من ماء السابق ، فان العلّة مستنبطة

(۱) في العبارة تشويش اذ لم يذكر خبر «أن» فان قوله : « ما في المسالك . . . » اسمه وخبره امامحذوف أوقوله فيمايأتي: « وفيه امكان الفرق» فيكون الواو هناك زائداً .

لا منصوصة ، و مثله الحيلة على إسقاطه ببيعها من امرأة و نحو ذلك » .

و فيه إمكان الفرق بين الحيلتين بسقوط موجب الاستبراء في الثاني ، لأنّ الشراء قد انقطع بالبيع من الامرأة مثلاً بخلاف التزويج ، فانه لم يسقط مقتضى الاشتراء بالنسبة اليه ، ضرورة كونها أمة مشتراة له محتملة الوطء ، أقصى ما هناك سقوط الاستبراء بالنسبة للزوج ، لعدم كونه مشترياً ، لا أنه بتزويجه يسقط عن المشتري الّذي أراد وطئها بذلك الشراء بعدالطلاق قبل الدخول ، و انتفاء العدّة لغير المدخول بها من حيث عقدالزوج ، و هو غير احتمال وطء السيد الّذى لم يحصل للمشترى ما يسقط خطاب الاستبراء بالنسبة اليه لوأراد الوطء بذلك الشراء ، فلا ريب حينئذ في وضوح الفرق بينهما ، على أنّ الحكم في البيع من الامرأة و نحوها لا يخلو من إشكال ، باعتبار إمكان دعوى ظهور النصوص أو بعضها في العلّة المخرج لها عن كونها مستنبطة ، و باعتبار إمكان دعوى كون التعارض في الأدلة حينئذ من وجه والترجيح للاستبراء بالاستصحاب وظهور العلّة والاحتياط في الفروج وغيرذلك .

النوع ﴿ الثانى ﴾

من نوعي الملك ﴿ ملك المنفعة ﴾ أي الانتفاع ، فيمكن أن يجامع كونه عقداً أوأنه مبنى على كون التحليل ملك يمين للمنفعة ، كما ستعرف تحقيق الحال فيه .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿النظر في الصيغة والحكم ﴾ بعدالقطع بجوازه عندنا للاجماع بقسميه عليه و تواتر النصوص (١) به فما في محكي الخلاف والسرائر من إرسال قول عن بعض أصحابنا بالمنع منه بل في كشف اللثام أنه معطى كلام الانتصار مسبوق بالاجماع وملحوق به ، ضرورة معلومية جوازه في مذهبنا عندالمخالف فضلاً عن المؤالف كالمنقطع .

(١) الوسائل الباب ـ ٣١ ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ ٠ـ .

و مضمر ابن يقطين (١) « سألته عن الرجل يحل فرج جاريته ، قال : لا أحب ذلك » و خبر عمار (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « في المرأة تقول لزوجها جاريتي لك ، قال : لا يحل له فرجها إلا أن تبيعه أو تهب له » و خبر أبي هلال (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن الرجل هل يحل له جارية امرأته ؟ قال : لا حتى تهبها له ، إن علياً عليه السلام قد قضى في هذا ، أن امرأة أتت تستعدى على زوجها ، قالت : إنه قد وقع على جاريتي فأحبلها ، فقال الرجل : إنها وهبتها لي ، فقال علي عليه السلام : ائتني ببينة وإلا رجمتك ، فلما رأت المرأة أنه رجم ليس دونه شيء أقرت أنها وهبتها له ، فجلدها حداً ، وأمضى ذلك له » من الشاذ الذي قد أمرنا بالاعراض عنه ، مع أنه لا ظهور في الأول بالمنع ، بل من المعلوم كون الوجه في ذلك أنه لا يراه مخالفونا ، بل مما يشنعون به علينا ، فالتنزه عنه أولى ، بل عن الشيخ أن ذلك مالم يشترط حرية الولد وإلا زالت الكراهة كما عساه يومىء اليه خبر اسحاق (٤) « سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن المرأة تحل فرج جاريتها لزوجها ، فقال : إني أكره هذا ، كيف يصنع إن هي حملت ؟ قلت : تقول : إن هي حملت منك فهي لك ، قال: لا بأس بذلك، قلت : فالرجل يصنع هذا بأخيه ، قال : لا بأس بذلك» بل والثالث المسؤول فيه عن جارية المرأة من حيث كونها جارية امرأة، والحصر في الهبة مع معلومية الجواز في العقد والتمليك بغير الهبة ليس على حقيقته ، بل يمكن إرادة ما يشمل التحليل من الهبة أو خصوصه ، بل لعل الخبر الثاني ظاهر في ذلك .

و منه ينقدح حينئذ قوة كون التحليل ملك يمين بهذا المعنى ، بل و قوة جواز كون صيغته بلفظ الهبة .

ومنه يعلم ضعف الاستدلال بمفهوم قوله تعالى (٥) : إلا على أزواجهم أوما

---

(١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٧ .

(٢و٣) الوسائل الباب -٣٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥-٦ .

(٤) الوسائل الباب -٣١- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٨ .

(٥) سورة المؤمنون : ٢٣ - الاية ٦-٧ .

ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فاُولئك هم العادون» لتقريب عدم كونه تزويجاً دائماً ولا منقطعاً ، لعدم اعتبار المهر فيه ولا المدّة ولا النفقة ، ولا يقع به طلاق ولا غير ذلك من لوازم الدائم والمنقطع ، وعدم كونه ملك اليمين ، لأنّ الفرض ملك الرقبة لغيره ، مضافاً إلى أن أقصاه العموم المخصص بالاجماع بقسميه ، بل المحكي منهما مستفيض أومتواتر كالنصوص (١) و إلى إمكان دعوى كونه تزويجاً بعد فرض ثبوت مشروعيته ، و أنه فرد ثالث ، و انتفاء لوازم الدوام والانقطاع لا يقضي بانتفاء كونه تزويجاً ، وإلاّ لاقتضى انتفاء لوازم الدوام عدم كون المنقطع تزويجاً وبالعكس، فانه لا دليل على انحصار النكاح فيهما ، وإلى إمكان كونه ملك يمين بمعنى كون المراد بالآية عدم جواز وطء غير الزوجة والمملوكة ولو للغير بالتحليل ، فالضمير حينئذ في « ايمانهم » للجنس ، لا أنّ المراد اعتبار الملك للشخص في جواز وطء المملوكة ، وعلى كلّ حال فلا إشكال من هذه الجهة ، إنما الكلام في الصيغة و غير ذلك من الحكم .

﴿ أما الصيغة ف﴾ لا خلاف في اعتبارها فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، فلا يكفي التراضي مطلقا ، و خبر هشام بن سالم (٢) قال : « أخبرني محمد بن مضارب ، قال : قال أبوعبدالله عليه‌السلام : يا محمد خذ هذه الجارية إليك تخدمك وتصيب منها ، فاذا خرجت فردّها إلينا » ليس نصاً بل ولا ظاهراً في الاكتفاء بهذا اللفظ ، وإلاّ كان واجب الطرح .

نعم لاخلاف في حصولها بـ﴿ أن يقول : أحللت لك وطءها أوجعلتك في حلّ من وطئها ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً الى معلومية دلالة النص (٣) والفتوى عليه ، ولكن في اعتبار الماضوية - فلا يجزىء المضارع والأمر المراد بها إنشاء ذلك ولا « أنت في حلّ من وطئها » - البحث السابق الذى قد عرفت قوّة القول

(١و٢) الوسائل الباب -٣١- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث -٠-٦ .

(٣) الوسائل الباب -٣١- من أبواب نكاح العبيد و الاماء و الباب -٣٧- منها الحديث ٥ و ٦ .

بالجواز فيه ، بل قد عرفت هناك قوّة اعتبار عدم اللفظ المخصوص ، بل يكفي كلّ مادل على إنشاء ذلك على حسب القانون العربى ، من غير فرق بين المجاز وغيره مما لم يقم إجماع و نحوه على خلافه ، بل لعل المقام أوسع دائرة من ذلك ، باعتبار كونه من الاباحات و من العقود الجائزة الّتي صرحوا في الاكتفاء بأي لفظ كان ، وستسمع ما في خبر فضيل مولى راشد (١) من التحليل بالجملة الاسمية الّتى صرح بعضهم بالمنع منها هنا ، و كذا خبر ابراهيم بن عبدالحميد عن الكاظم عليه السلام (٢) و غيره الآتى في المسألة الثالثة من مسائل الحكم ، لكن الاحتياط لا ينبغى تركه ، خصوصاً في الفروج .

﴿و﴾ لعله لذا و نحوه ﴿ لا يستباح بلفظ العارية ﴾ عندالمشهور ، بل هو مجمع عليه نقلاً مستفيضاً ، مضافاً إلى خبر البقباق (٣) « سأل رجل أباعبدالله عليه السلام و نحن عنده عن عارية الفرج فقال : حرام ، ثمّ مكث قليلاً ثمّ قال : لا بأس بأن يحل الرجل الجارية لأخيه » المنجبر سنده إن كان محتاجاً بالشهرة ، ولا ينافيه خبر الحسن العطار (٤) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن عارية الفرج ، قال: لا بأس به» المراد منه التحليل المسمى عندالعامة في التشنيع علينا بالعارية الّتي أومأ عليه السلام في الخبر السابق الى عدم كون التحليل من العارية ، بل هو قسم مستقل برأسه ، ولذلك استدرك عليه السلام جوازه بعدالحكم بحرمة عارية الفرج كما سمعت .

إلاّ أنّ الانصاف مع ذلك كلّه دعوى دلالة الخبر المزبور على عدم جواز عقدالتحليل بلفظ العارية المراد منه معنى التحليل لا العارية المخصوصة لا يخلو من إشكال ، و لعله لذا حكي عن ابن إدريس جوازه ، و حينئذ فوجه الجمع بين الخبرين عدم كون التحليل من أفراد العارية و إن جاز عقده بلفظها المراد منه التحليل الّذى هو عارية بالمعنى الأعم ، بل يمكن إرادة ذلك أيضاً من معاقد

---

(١) الوسائل الباب -٣٣- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥ .

(٣ و٤) الوسائل الباب -٣٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-٢ .

الاجماعات ، كما أنه يمكن تأييده باشعار تعليل الفرق بين الحرة والأمة في الصحيح (١) المتقدم في الأمة المشتركة بأن الحرة لا تهب ولا تعير ولا تحلل إلا أنك قد عرفت شدة رجحان الاحتياط في الفروج ، وخصوصاً في المقام الذى قد عرفت حكاية الاجماع عليه ، و قوة إرادة جواز إطلاق لفظ العارية عليه في خبر العطار (٢) وإن لم يجز عقده بها نحو إطلاق المستأجرات على المتمتع بهن وإن لم يجز لفظ «آجرت» في المتعة ولو للتجنب عن توهم دخول النكاح الذى هو عقد مستقل برأسه في عقد آخر، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿هل يستباح﴾ فرج الجارية ﴿بلفظ الاباحة﴾ المرادف للتحليل ﴿ فيه خلاف ﴾ بين الأصحاب ، أشهره عدم الجواز و﴿أظهره الجواز ﴾ وفاقاً للفاضل و جماعة ممن تأخر عنه ، و محكي المبسوط و السرائر ، لعموم الأخبار (٣) فانها تضمنت التحليل ، و هو أعم من أن يكون بلفظه أومرادفه ، بل و غيرهما مما يفيده على حسب القانون اللغوى « نحو أذنت » و « سوغت » كما نص عليهما في القواعد ، لكن قد عرفت أن الاحتياط في الفروج مما لا ينبغي تركه ، خصوصاً بعد ما قيل هنا من أن الجواز بلفظ التحليل لا يستلزم الجواز بلفظ الاباحة بعد تسليم ترادفهما ، والمتيقن من النصوص العقد بلفظ التحليل و إن كان هو كما ترى .

﴿ ولو قال : « وهبتك وطءها » أو « سوغتك » أو « ملكتك » ﴾ متجوزاً بها بارادة معنى التحليل منها باعتبار مشابهة مفاده لمفادها ، لعدم العوض فيه مع استحقاق الانتفاع به ﴿ فمن أجاز ﴾ العقد بلفظ ﴿ الاباحة ﴾ باعتبار استفادة

---

(١) الوسائل الباب -٤١- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٣٤- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب -٣١- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

معنى التحليل منه الّذى هو من العقود الجائزة الّتى لم يعتبر فيها لفظ مخصوص ، بل هو شبه الاباحات المتعلقة بالأموال ﴿ يلزمه الجواز هنا ﴾ لاتحاد المدرك بعد فرض جريان استعمال هذه الالفاظ في المعنى المزبور مجرى القانون اللغوى ، ولو على جهة المجازية الّتى لا بأس بها في العقد الجائز ، و خصوصاً مثل هذا العقد الّذى هو شبه الاباحات ﴿ومن اقتصر على التحليل﴾ ولم يجوز العقد بلفظ الاباحة المرادفة له اقتصاراً على المتيقن في الفرج المطلوب فيه الاحتياط ﴿منع﴾ هنا سيّما الهبة والتمليك ضرورة أولويتهما بذلك من لفظها، لكون الأعيان مورد الهبة والتمليك وإن وقع عليها وعلى المنفعة لكن لا عين هنا ولا منفعة وإنما هو اباحة انتفاع ، بل كان مفاد الهبة و التمليك مقابلاً للتحليل الظاهر في رفع المنع من المالك بالاذن على حسب التحليل في أكل المال و نحوه ، و قد عرفت قوّة القول بالجواز ، خصوصاً بعد إمكان إرادة التحليل في الخبرين (١) السابقين ، بل ربما أشعر به تعليل الفرق بين الحرّة والأمة أيضاً في الصحيح (٢) المتقدم في الأمة المشتركة بأن الحرّة لاتهب ولا تعير ولا تحلل ، لكن الاحتياط لا ينبغي تركه .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿هل هو عقد﴾ نكاح ﴿ أو ﴾ عقد ﴿ تمليك منفعة ؟ فيه خلاف بين الأصحاب منشؤه عصمة الفرج عن الاستمتاع بغير العقد أو الملك ﴾ للآية (٣) و دعوى الاتفاق على ذلك ، فبعد معلومية جوازه في الشرع لا يخلو من أحدهما ﴿ و لعل الأقرب ﴾ عند المصنف ﴿ هو الأخير ﴾ وفاقاً للمحكى عن الأكثر ، بل لم يعرف حكاية الخلاف فيه إلاّ عن المرتضى في الانتصار مع أن كلامه المحكي عنه في المختلف ــ كما اعترف به في كشف اللثام ــ إنما يعطى اشتراط العقد و عدم الاجتزاء بلفظ الاباحة كما لا يجتزأ بلفظ العارية ، فهو حينئذ خارج

---

(١) الوسائل الباب ــ٣٣ــ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١و٢ .

(٢) الوسائل الباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٣) سورة المؤمنون : ٢٣ــ الاية ٦ .

عما نحن فيه ، ولذا حكي خلافه في أصل مشروعية التحليل .

و على كلّ حال فالوجه للمشهور - بعد الاتفاق على كونه أحدهما أوملك يمين كما في كشف اللثام - انتفاء لوازم عقدالنكاح من الطلاق والمهر والمدّة و غير ذلك ، فتعين الثاني ، مضافاً الى صحيح السراد (١) « سألت أباجعفر عليه السلام عن قوله تعالى(٢) والمحصنات من النساء إلاّ ماملكت أيمانكم، قال : هوأن يأمر الرجل عبده و تحته أمته ، فيقول : اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثم يحبسها عنه حتّى تحيض ، ثمّ يمسكها فاذا حاضت بعد مسه إياها ردّها عليه بغير نكاح » فان الظاهر إرادة التحليل و قد نفى عنه النكاح ، فليس هو حينئذ إلاّ ملك يمين ، بل ربما أشعر به أيضاً خبر أبي بصير(٣) والحضرمي(٤) قال في أولهما: « سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة أحلت لابنها فرج جاريتها ، قال : هو له حلال ، قلت : أفيحل له ثمنها ؟ قال: لا ، إنما يحل له ما أحلت له » و قال في ثانيهما : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إن امرأتي أحلت لي جاريتها ، فقال أنكحها إن أردت ، قلت : أبيعها ، قال : لا ، أحلّ لك منها ما أحلت » باعتبار أن ذلك منهما مقتض لصيرورتها ملك يمين بذلك ، ولم ينكر عليهما الامام عليه السلام ذلك ، و إنما منعهما من البيع مؤمياً إلى أن ذلك ملك يمين على حسب ما أحلّ ، و صحيح الأمة بين الشريكين (٥) المصرح فيه بجواز التحليل من أحدهما للآخر ، المبنى على اتحاد السبب حينئذ بصيرورة الجميع ملك يمين و إن كان النصف ملك رقبة والآخر ملك منفعة ، ولو لا ذلك لكان من التبعيض في سبب النكاح ، و لذا لم يجز له نكاحها بالعقد ، هذا أقصى ما يمكن أن يقال

(١) الوسائل الباب -٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ و هو صحيح السراد عن محمد بن مسلم كما في التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ الرقم ١٤١٧ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الاية ٢٤ .

(٣) الوسائل الباب -٣٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب -٣٦- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٢ .

(٥) الوسائل الباب -٤١- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ .

للمشهور .

لكن الجميع كما ترى ، ضرورة صراحة عقد التحليل بلفظه أو الاباحة في عدم الملك ، ولم يقصد المملك إلاّ رفع المنع ، أو التصريح بانشاء الاذن في ذلك ، ودعوى صيرورته ملكا شرعاً وإن لم يقصداه واضحة الفساد ، على أنه لا منفعة هنا صار العقد سبباً لتملكها على نحو الاجارة ، و إنما هو انتفاع لا منفعة ، وفرق واضح بينهما ، وجواز الانتفاع بعقد التحليل بعيد عن صدق ملك اليمين وإلاّ لكان جميع الاباحات كذلك ، والحصر في الآية (١) المتفق عليه مع انتفاء لوازم العقد لا يقتضي شمول الكلي لغير فرده ، بل هو فرد لكلي آخر مباين له ، و كذا نفي النكاحية عنه في صحيح السراد ، و ليس في كلام الامام عليه السلام في خبري أبي بصير و الحضرمي ما يتوهم منه كونه ملك يمين ، بل ولا صحيح الأمة المشتركة ، و جوازه فيها دون النكاح أعم من ذلك قطعاً كما هو واضح ، بل التأمل الصادق يقتضي تنزيه كلام الأساطين عن كونه ملك يمين على وجه يندرج فيه موضوعاً ، ضرورة صراحة النصوص في عدمه ، فان من أفراده تحليل القبلة و نحوها .

نعم قد يقال : إنه بعد ثبوت مشروعيته بالمتواتر من السنة (٢) والاجماع مع الاتفاق على حصر حكم النكاح في السببين فهل الثابت لهذا القسم من النكاح حكم العقد أو حكم ملك اليمين ؟ ولاريب أن الأقوى الثاني ، لا لدخوله في اسمه ، بل لأن أحكامه الثابتة له من جواز وطء الأزيد من الأربع و غيره على وفق الأصول المقتضية نحو ذلك في التحليل ، بخلاف الأحكام التي موضوعها النكاح والتزويج ونحوهما مما لا يدخل فيه التحليل موضوعاً ، ولا حكمه على وفق الأصل ، فالمراد حينئذ ثبوت أحكام ملك اليمين له دون عقد النكاح المعلوم ، و إن كان هو قسماً مستقلاً برأسه لا يدخل في موضوع أحدهما ، بل لو فرض حكم من أحكام ملك اليمين المخالفة لمقتضى الأصل وليس في أدلته ما يفهم منها شمول التحليل ولو بمعونة

---

(١) سورة المؤمنون : ٢٣- الاية ٦ .

(٢) الوسائل الباب -٣١- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

الاجماع أشكل ثبوته لوطء التحليل ، لعدم اندراجه في موضوعه .

ولعل من ذلك تحريم المملوكة على الأب بالاستمتاع بها بنظر وتقبيل ولمس و نحو ذلك مما عرفته سابقاً بالنصوص (١) الدالة عليه ، فان ثبوته للمحلّل لا يخلو من إشكال ، أللّهم إلاّ أن يفهم من تلك أن ذلك ونحوه نزله الشارع منزلة الوطء في تسبيب التحريم ، كما هوالمفهوم من تلك النصوص الّتى قدمنا الكلام ، والغرض أن الضابط ما عرفت .

و ربما كان هذا الاستقراء تاماً في سائرالأفراد ، فلا حظ و تأمّل كي تعرف الحال في تحليل المسلمة للكافر، فانهغيرجائزللمنع منه في سائرأقسامه، وكذا تحليل المؤمنة للمخالف ، فان فيه البحث السابق ، و أما العكس وهو تحليل الكافرة للمسلم والمخالفة للمؤمن فانه جائز على الوجه الّذى قدمناه في محلّه الّذى منه يعرف الحال في الوثنيّة والناصبيّة المعلنة بعداوة أهل البيت عَلَيْهِمُ السَّلاَمُ و غير ذلك من أقسام الكفار الممنوع وطؤهنّ بالملك وغيره .

وعلى كلّ حال فمما يتفرع على ماذكرنا عدم حرمة المحللة للأب قبل الوطء على الابن ، لعدم اندراجها فيما نكح الأب لاوطأً ولاعقداً، لما عرفت من عدم دخول التحليل في النكاح بمعنى العقد ، ولا محلّلة الابن من دون وطء على الأب ، لعدم اندراجها في الحليلة المراد منها الزوجة هنا ولو للانصراف ، لا مطلق ما يحل وطؤها وإلاّ لحرمت عليه بالملك ، فهو حينئذ في هذا الحكم كملك اليمين ، وكذا غيره من الأحكام ، والحرمة بالوطء لظهور الأدلة بل صراحتها في تسبيبه التحريم بأيّ سبب كان ، لا لكون التحليل ملك يمين ، و هكذا الكلام في غير ذلك من الأحكام المتعلقة بالمصاهرة وغيرها ، كالتحليل على ذات العدّة وغيرها .

بل منه يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله : ﴿ وفي تحليل أمته لمملوكه روايتان إحداهما المنع ﴾ ، وهي صحيح ابن يقطين (٢) إنه سأل الكاظم عَلَيْهِ السَّلاَمُ

(١) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب مايحرم بالمصاهرة .

(٢) الوسائل الباب ـ٣٣ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

« عن المملوك يحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ، قال : لا تحل له » ﴿ ويؤيدها أنه نوع تمليك والعبد بعيد عن التملك ، والأخرى الجواز إذا عيّن له الموطوءة ﴾ وهي خبر فضيل مولى راشد (١) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « لمولاي في يدي مال فسألته أن يحل لي ما أشتري من الجواري ، فقال : إن كان يحل لك إن أحل لك فهو حلال ، فسألت أباعبدالله عليه السلام عن ذلك فقال : إن أحل لك جارية بعينها فهي لك حلال ، و إن قال: اشتر منهن ما شئت فلا تطاء منهن شيئاً إلاّ ما يأمرك إلاّ جارية يراها ، فيقول : هي لك حلال ، و إن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدا لك» المؤيد بما في صحيح السراد (٢) المتقدم آنفاً القائل فيه ردّها بغير نكاح ، و بالنصوص المستفيضة (٣) الدالة على جواز تسرّي العبد ماشاء من الاماء باذن مولاه ، المعلوم إرادة التوكيل في تحليل ذلك له عن مولاه ، بناءً على عدم ملكية العبد وعدم جواز التحليل مع عدم التعيين .

﴿ و يؤيدها ﴾ أيضاً ﴿ أنه ﴾ أي التحليل ﴿ نوع من الاباحة وللمملوك أهلية الاباحة و﴾ قدتقدم لك ما علمت منه أن ﴿الأخير أشبه﴾ بأصول المذهب و قواعده وأصح ، ضرورة عدم كون التحليل من الملك الممنوع منه العبد ، و أدلته شاملة للعبد و غيره ، بل استحقاق الانتفاع بالبضع بالعقد أتمّ في مجازية الملك من هنا ، ودعوى الفرق - بأن الانتفاع هناك من لوازم العقد وهنا مورده ، فهو كما لو قال : « وهبتك بضع الجارية » أو « ملكتك إياه » والعبد غير قابل لذلك ، و من هنا بنى بعضهم المسألة على كون التحليل عقداً أو ملك يمين ، وأن العبد مما يملك مايملكه مولاه أولا - واضحة الفساد ، للقطع بالجواز على كل تقدير ، فان القائل بكونه ملكاً هنا لايريد منه الملك الممنوع منه العبد ، بل المراد منه الاستحقاق ،

---

(١) الوسائل الباب -٣٣- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ و هوصحيح السراد عن محمد بن مسلم كما في التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ الرقم ١٤١٧ .

(٣) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

أو أن له أحكام ملك اليمين على الوجه الّذي قدّمناه ، ضرورة أنه لاعين ولا منفعة ، فالخبر المزبور محمول على التقية أو على إرادة عدم النكاح له بمجرد الاذن من مولاه ، بل لابد من إيجاد العقد على من يريد نكاحها من أمة الغير مثلاً أو على غير ذلك .

وكيف كان فعلي القولين لابدّ له من قبول ، لكونه عقداً عليهما ، ومن أركان العقد القبول و عدم ذكر المعظم له اتكالاً على الظهور ، و لأنه لا يختلف ألفاظه بالنسبة إلى سائر العقود ، و إنما المختلف ألفاظ الايجاب ، ولذا اقتصروا هنا على التعرض له ، مع أن قولهم: « هل هوعقد أوتمليك ؟ » كاف في ذلك ، ضرورة معلومية كون التمليك من العقود ، و أنه ليس من قسم الايقاعات ، فالمراد حينئذ ما صرح به غير واحد من الأصحاب كالمحقق الثاني والشهيد الثاني و الفاضل الهندي وغيرهم أنه عقد نكاح أوعقد تمليك .

فما عن الصيمري ـ من عدم الحاجة إلى القبول حاكياً له عن إطلاق الأكثر بل ربما كان ذلك سبباً لغرور بعض الأفاضل فحكم بذلك محتجّاً بظهور النصوص أنه من قسم الاباحات الّتي لا تحتاج إلى التعاقد ـ واضح الفساد ، فان النصوص في سائر العقود خالية عن التعرض لألفاظ العقد للمعلومية ، و من هنا لم يكن إشكال عند الفقهاء في العقدية في سائر المقامات ، وكأن المسألة من الواضحات ، فلا يكفي حينئذ مجرد إنشاء التحليل والاباحة عن مراعاة التعاقد ، بل ظاهر الأصحاب هنا معاملة هذا العقد ـ و إن كان من العقود الجائزة ـ معاملة العقود اللازمة في التعرض لضبط ألفاظه و عدم الاكتفاء بأي لفظ اتفق و مراعاة كيفية العقد في فورية القبول وغيرها ، و لعله لكونه متعلقاً بالفرج المطلوب فيه الاحتياط ، وأنه ليس كغيره من الأموال .

ولقد فتح هذا المتوهم باباً لتشنيع المخالفين أعظم مما افتروه علينا : من جواز عارية الفروج حتّى للأحرار، إذ الاباحة ليست من العقود أصلاً فضلاً عن أن تكون

عقد عارية ، وجميع ذلك اشتباه وتوهم ، فان الفروج لاتحل عند الشيعة بنحو ذلك كما صرح به المرتضى وابن إدريس والمحقق الثاني وغيرهم ، بل هو صريح جميع الأصحاب ، كما لايخفى على من لاحظ تعرضهم لضبط ألفاظه ، وجواز عقده ببعضها وعدمه ، ولاعتبار الهيئة وغيرها مما هوجارٍ على حسب ما تعرضوا لغيره من العقود اللازمة ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فلا إشكال في أنه ﴿يجوز تحليل المدبّرة وامّ الولد﴾ لعدم خروجهما بذلك عن الملك المقتضي لاندراجهما في النصوص ، نعم ليس له ذلك في المكاتبة ﴿ و ﴾ خصوصاً ﴿ لو ملك بعضها ﴾ بأن أدّت بعض ما عليها على وجه يكون به بعضها حراً ﴿ف﴾انه حينئذ إذا ﴿أحلته نفسها لم تحل﴾ بذلك، وكذا الحال في كلّ مبعّضة ، لما عرفته سابقاً من عدم جواز تحليل الحرة نفسها ، وعدم التبعيض في أسباب النكاح ، ﴿و﴾ لايرد أنها ﴿لو كانت مشتركة﴾ بين اثنين مثلاً ﴿فأحلّها الشريك ﴾ لشريكه ، فانه على ما ﴿قيل تحل﴾ بذلك ، بل قد عرفت فيما مضى أنه الأصح ، لعدم التبعيض فيه ، بناءً على أن التحليل ملك يمين وإن كان للمنفعة ، فان سبب الوطء حينئذ متحد النوع .

﴿ و ﴾ حينئذ ف﴿الفرق أنه ليس للمرأة الحرة أن تحل نفسها ﴾ لما علمت أن التحليل مختص بالأماء بخلاف الأمة ، فان لسيّدها تحليلها، أو للصحيح (١) المتقدم سابقاً المصرح فيه بالحكمين كما عرفته سابقاً ، بل هو العمدة في الجواز كما أنه لا يرد جواز العقد من الشريكين على الأمة المشتركة للأجنبي مع عدم تأثير العقد من كلّ منهما إلاّ في البعض المملوك فيه ، ضرورة عدم كون ذلك تبعيضاً في سبب النكاح بعد فرض كونه عقداً منهما بوكالة ثالث أو أحدهما الآخر أو إجازته بعد أن كان موردالعقد الجميع ، نعم لوقال كلّ منهما: « زوّجتك حصّتي» أو « أحللتها لك» ففي القواعد إشكال ، ولعله من أن تحليل كلّ منهما إنما يتعلق حقيقة بحصّته ، فالاطلاق إنما يعتبر لانصرافه إليه ، فالتصريح به أولى بالصحّة، ومن

---

(١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

ظهور الأدلة في كون مورد العقد الكلّ دون البعض ، بل لايؤثر فيه صحة حتّى يقارنه التأثير بالبعض الأخر بلفظ واحد ، و من أن الوطء لايتبعّض ، والاحلال مثلاً إنما يتعلق به حقيقه، وإن أريدبالحصّة الحصّة من الرقبة حصل الشك في الحل من كونه مجازاً في إحلال الوطء وإن كان في الأخيرين ما لا يخفى، ولا ريب أن الأحوط عدم العقد بهذه الكيفية إن لم يكن الأقوى ، خصوصاً مع التعاقب في القبول ، والله العالم ، هذا كله في الصيغة وما يتبعها .

﴿ و أما الحكم ف﴾فيه ﴿ مسائل :﴾

﴿ الاولى ﴾

﴿ يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ ﴾ الكاشف عن إرادة اللافظ حقيقة أو مجازاً بالقرائن المقالية ﴿ و﴾ الحالية التي منها ﴿ما شهد الحال بدخوله تحته ﴾ في الإرادة على حسب غيره من العقود ، بل الظاهر أنه مثلها أيضاً في دخول التوابع في الحكم وإن لم يستحضرها العاقد حال إنشائه ، بل ولا هي من لوازم معنى اللفظ الذي هو متعلق العقد ، نحو ثياب العبد ورحل الدابة وبعض مرافق الدار ونحو ذلك مما هي قطعاً ليست من مدلولات اللفظ ، ولكن بيع الدار مثلاً يتبعه بيع ذلك عرفاً على وجه لونبهته عليه لأدخله فكذلك هنا ماكان من هذا القبيل أيضاً .

و على كلّ حال ﴿ فلو أحل له التقبيل اقتصر عليه ﴾ و على اللمس المتوقف تحقق التقبيل عليه ﴿ وكذا لو أحل له اللمس ﴾ أو النظر إقتصرعليهما ﴿ فلا يستبيح الوطء ﴾ الذي هوغيرداخل في شيء منها لاحقيقة ولامجازاً ولاتبعاً ﴿ و ﴾ الأصل حرمة التصرف في مال الغيربغيرإذنه ، نعم ﴿ لوأحل له الوطء حل له ما دونه من ضروب الاستمتاع ﴾ للفهم العرفي المؤيد بقول الصادق عليه السلام في خبر ابن عطية (١) : « إذا أحلّ الرجل للرجل من جاريته قبلة لم يحل له غيرها، وإن أحلّ له الفرج حلّ له جميعها » مع أن الظاهرحلية ذلك مالم يصرح بالمنع فيما زاد على ما يتوقف عليه تحقق الوطء ، وإلاّ كان التحليل مقتصراً عليه أيضاً، لاطلاق

(١) الوسائل الباب ـ٣٦ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

النصوص أنه ليس له إلاّ ما أحل له ، قال فضيل بن يسار (١) : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت : إذا أحلّ الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال ، فقال : نعم يا فضيل ، قلت : فما تقول في رجل عنده جارية له نفيسة وهي بكر أحل لأخيه مادون فرجها أله أن يفتضّها ؟ قال : لا ليس له إلاّ ماأحل له منها ، ولو أحل له قبلة منها لم يحل له ماسوى ذلك ، قلت: أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضّها ؟ قال : لا ينبغي له ذلك ، قلت : فان فعل أيكون زانياً ؟ قال : لا ، ولكن يكون خائناً ، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً ، و إن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها» و في خبر هشام ابن سالم و حفص بن البختري (٢) عن أبيعبدالله عليه السلام « في الرجل يقول لامرأته أحلّي لي جاريتك فاني أكره أن تراني متكشفاً، فتحلها له ، قال : لايحل منها إلاّ ذاك ، و ليس له أن يمسها ولا أن يطأها » بل زاد فيه هشام « أله أن يأتيها ؟ قال : لا يحل له إلاّ الذى قالت » إلى غير ذلك من النصوص (٣) التي مضى بعضها أيضاً المتفقة في الدلالة على ذلك .

﴿ و﴾ حينئذ فـ﴿لو أحل له الخدمة﴾ المتوقفة على عقد التحليل للاحتياج إلى لمس ونظر و نحوهما ﴿ لم ﴾ يجز له أن ﴿ يطأ ، و كذا لو أحل له الوطء لم يستخدم﴾ من غير إشكال في شيء من ذلك نصاً (٤) ولا فتوى ، بل هو مقتضى اُصول المذهب ﴿ و ﴾ قواعده فـ﴿لو وطأ﴾ مثلاً ﴿ مع عدم الاذن كان عاصياً ﴾ قطعاً مع العلم بالتحريم ﴿ ولزمه عوض البضع﴾ لمولاها عشر القيمة أو نصفه ، كما تقدم الكلام فيه سابقاً و في أرش البكارة و تقييده بجهلها أو إكراهها . ﴿ و كان الولد رقاً لمولاها ﴾ بلاخلاف ولا إشكال في شيء من ذلك ، لكونه نماء ملكه ، والفرض عدم العقد المقتضي لتبعية الولد ، ولا الشّبهة ، بل هو زان لا حقّ له في مائه ، ولا

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ - ٢ - ٠ -.

(٤) الوسائل الباب -٣٥و٣٦- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

ينافي ذلك نفي الزنا عنه في خبر فضيل (١) المحمول على غير الفرض ، ولو توهم الاذن أو الجهل بحرمة ذلك عليه أو على التجوّز في نفي الزنا عنه باعتبار كونها محللة له في الجملة أو نحوذلك .

هـذا وقد يتوهم من نصوص الباب جواز التحليل لغير الوطء لمتعددين في زمان واحد ، و خصوصاً مع اختلاف المحلل صنفاً أو عضواً ، كما لو أحل النظر مطلقا لشخص واللمس لآخر ، أو أحل نظر الوجه لشخص و البطن لآخر، أو أحل النظر مثلاً لجماعة ، إلاّ أن المعلوم من مذاق الشرع خلافه ، بل يمكن دعوى معلومية ذلك من الشريعة ، كمعلومية عدم البعلين للامرأة الواحدة ، و أنه لا فرق في عدم جواز الاشتراك بين الوطء وبين غيره من باقي الاستمتاعات .

و ربما كان في تصريح بعضهم بصيرورة المحللة و لو نظراً أجنبية بالنسبة إلى السيد شهادة على ماذكرنا ، ضرورة أولوية الأجنبي بالمنع منه ، لعدم الاستصحاب فيه ، بل هو مقتض للحرمة فيه ، بخلاف المالك الذي قد توقف في حرمة ذلك عليه بتحليل الوطء فضلاً عن غيره بعض متأخري المتأخرين ، بل المتّجه عليه عدم جواز تحليل النظر إلى مالا يجوز النظر إليه للأجنبي وإن لم يكن بشهوة إذا كانت محللة للغير ولو لمساً .

وكان إغفال الأصحاب لذلك و نحوه اتكالاً على ماذكروه في عقد النكاح ، و أنه مشترك معه في ذلك ، و في تعيين المحللة والمحلل له ، و الكمال في المتعاقدين ، وجواز التصرف في المحللة وغيرذلك مما هو معلوم اعتباره في النكاح و توابعه ، قال في جامع المقاصد عند البحث عن حرمة الأمة المزوجة على سيدها : « أما إذا أحل المملوكة لغيره فلم يتعرض المصنف لحكمها ، و ينبغي أن يكون في جميع الاستمتاعات كالمزوجة ، لأن الاحتياط في الفروج أشد من تجويز شيء من الاستمتاع لغير واحد » و قال في المسالك : « الوجه في ذلك ــ أي حرمة الأمة المزوجة على سيدها ــ أن وجوه الاستمتاع صارت مملوكة للزوج ، فيحرم على غيره ، لامتناع

(١) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ .

حل الاستمتاع بالمرأة لأزيد من واحد شرعاً، وفي معناها المحللة للغير بالنسبة إلى المالك مع كون التحليل متناولاً للوطء » و هو وان أوهم تقييده أخيراً بجواز الاستمتاع له إذا كان التحليل غير متناول للوطء ، لكن ظاهر تعليله الأوّل العموم، على أنّ ذلك منه للمالك ، وهوغير التحليل لمتعددين وإن كان الذي يقوى في النظر عدم الفرق بين المالك وغيره .

المسألة « الثانية : »

« ولد المحللة » للحر « حرّ » شرطها أو أطلق ، تغليبا لها و لعموم الأخبار (١) بتبعية الولد للحر من الأبوين ، وخصوص صحيح زرارة (٢) قال للباقر عليه السلام : « الرجل يحل لأخيه جاريته قال: لا بأس به ، قال : قلت : فانها جاءت بولد ، قال : يضم إليه ولده ، و يردّ الجارية إلى صاحبها ، قلت : إنه لم يأذن له في ذلك ، قال : إنه قد أذن له و هو لا يأمن أن يكون ذلك » و نحوه الصحيح الآخر (٣) بل في الحسن أو الصحيح (٤) أيضاً « الرجل يحل جاريته لأخيه و حرة أحلت جاريتها لأخيها ، قال : يحل له من ذلك ما أحل له ، قلت : فجاءت بولد ، قال : يلحق بالحر من أبويه » والخبر (٥) عن الرجل يقول لأخيه : جاريتي لك حلال ، قال : قد حلت له ، قلت : فانها ولدت ، قال : الولد له و الأمّ للمولى ، و إني اُحب للرجل إذا فعل ذا بأخيه أن يمنّ عليه فيهبها له » يعني إذا جاءت بولد .

---

(١) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) أشار اليه في الوسائل في الباب - ٣٧ - من أبواب أحكام العبيد والاماء الحديث ٣ وذكره في التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٣٩ و الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ و الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ .

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ -٧- ٦ .

﴿ثمّ إن شرط الحرية مع لفظ الاباحة فالولد حرّ ولا سبيل على الأب﴾ بلاخلاف ﴿وإن لم يشترط قيل﴾ والقائل الشيخ في غير خلافه : ﴿يجب على أبيه فكّه بالقيمة﴾ ، بل هو المحكي عن الصدوق أيضاً . ﴿وقيل﴾ و القائل المشهور شهرة عظيمة ، و فيهم من لايعمل إلاّ بالقطعيات ﴿لايجب وهو﴾ مع كونه كذلك ﴿أصح الروايتين﴾ و إن كانت الاُخرى أيضاً صحيحة ، كصحيح ضريس بن عبدالملك (١) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « الرجل يحل لأخيه فرج جاريته و هي تخرج في حوائجه ، قال : هو له حلال ، قلت : فان جاءت بولد منه ما يصنع به ؟ فقال : هو لمولى الجارية إلاّ أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين أحلها له إن جاءت بولد فهوحر، قلت : فيملك ولده ، قال : إن كان له مال اشتراه بالقيمة » وصحيح الحسن بن زياد العطار (٢) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن عارية الفرج ، فقال: لا بأس ، قلت : فان كانت أتت منه بولد ، فقال : لصاحب الجارية إلاّ أن يشترط عليه » و رواية إبراهيم بن عبدالحميد (٣) عن أبي‌الحسن عليه السلام « في امرأة قالت لرجل : فرج جاريتي لك حلال ، فوطأ فولدت ولداً ، قال : يقوّم الولد عليه بقيمته » نعم ناقش في المسالك في سندها ، لكن يدفعها صحة الاُولى بطريق الصدوق وأحد طريقي الشيخ والنصّ على توثيق الحسن بن زياد العطار .

بل يمكن الجمع بينها وبين الاُولى بحمل تلك على صورة الاشتراط أو على الفك بالقيمة ، مؤيداً بامكان الفرق بين عقد النكاح والتحليل بكون ذلك عقد نكاح يقتضي التشريك في النماء بخلاف التحليل الّذي هو بمنزلة الاباحة ورفع المنع الّذي لايرفع مقتضى قاعدة تبعية نماء الملك لمالكه ، إلا أنه لماكان الجمع مشروطاً بالمعادلة المفقودة هنا ـ للشهرة العظيمة بين الأصحاب المؤيّدة بما سمعته سابقاً من تبعية الولد لأشرف الأبوين نصاً (٤) وفتوى الّتي لافرق فيها بين عقد النّكاح وغيره بعد

(١و٢و٣) الوسائل الباب ـ٣٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ ـ٢ـ٥ .

(٤) الوسائل الباب ـ ٣٠ ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

فرض كون الوطء صحيحاً ولو شبهة ، بل في نصوص المسألة الاشارة إلى أن المقام فرد من أفرادها ، مضافاً ، إلى بناء الحرية على التغليب و السراية وإلى ما في هذه النصوص من الاختلاف في الجملة باعتبار دلالة بعضها على كونه رقاً و آخر على الحرّية مع غرامة الأب قيمته ، بل كلام الخصم أيضاً غير محرر بالنسبة إلى ذلك عمل المشهور على تلك الأخبار، وأطرحوا هذه النصوص، أو حملوها على استحباب دفع القيمة من الأب أو غير ذلك، ولعله الأقوى والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة : ﴾

﴿لا بأس أن يطأ الأمة وفي البيت غيره﴾ يراه أو يسمعه وإن كره ذلك في الحرة، للأصل و انحطاط رتبتها عنها ، و صحيح ابن أبي يعفور (١) عن الصادق عليه السلام « في الرجل ينكح الجارية من جواريه و معه في البيت من يرى ذلك و يسمعه ، قال : لا بأس » بعد القطع بعدم الفرق بين المملوكة وغيرها ، و ظهور إرادة عدم الكراهة من نفي البأس هنا و لو بقرينة معرفة السائل و نقصانه (٢) وأنه لا يسأل عن أصل الجواز المعلوم في الحرة فضلاً عن الأمة ، وإنما سؤاله عن الكراهة الثابتة في الحرة ولكن مع ذلك للتسامح في الكراهة ومطلوبية الحيا للشارع والتستر في هذا الأمر قال في كشف اللثام : « لا يبعد القول بالكراهة ، لعموم النهي (٣) عن الوطء وفي البيت صبي يراهما ويسمع نفسيهما » وهو محتمل لامكان حمل الصحيح على نفي الشدة خصوصاً بعد الخبر (٤) « لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريته و في البيت صبي » و الأمر سهل .

---

(١) الوسائل الباب -٧٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

(٢) هكذا في النسخة الاصلية المبيضة ، و في المسودة التي هي بخط المصنف طاب ثراه « وفقاهته » وهو الصحيح .

(٣و٤) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث -٠-١ .

﴿و﴾ كذا لابأس ﴿أن ينام بين أمتين﴾ لمرسل ابن أبي‌نجران (١) « إن أباالحسن عليه السلام كان ينام بين جاريتين » ﴿و﴾ إن كان ﴿يكره ذلك في الحرة﴾ عند المشهور بين‌الأصحاب احتراماً لهن بالتجنّب عن‌ايذائهن ، لكن في الخبر (٢) «لابأس‌أن ينام‌الرجل بين أمتين و الحرتين ، إنما نساؤكم بمنزلة اللعب ».ومن أجله وسوس بعض متأخرى المتأخرين فيها ، لكن التسامح في أدلتها سهّل الخطب فيه .

﴿ويكره﴾ أيضاً ﴿وطء﴾ الأمة ﴿الفاجرة﴾ بالملك والعقد ، للعار، وحذراً من اختلاط المياه ، و مخالفة ظاهر الآية (٣) و في خبر محمد بن مسلم (٤) «سألت أباجعفر عليه السلام عن الحبشية يتزوّجها الرجل، قال : لا وإن كان له أمة وطأها ، ولا يتخذها اُمّ ولد» .

بل ﴿و﴾ يكره له وطء ﴿من ولدت من الزنا﴾ و إن كانت هي عفيفة ، للعيب ، ولأنها لا تفلح ، وخبرالحلبي (٥) عن الصادق عليه السلام « سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا عليه جناح أن يطأها ، قال: لاوإن تنزّه عن ذلك فهو أحبّ إليّ» وحسن ابن مسلم (٦) عن أحدهما عليهما السلام « في رجل يشترى الجارية و يتزوّجها بغير رشدة و يتخذها لنفسه ، قال : إن لم يخف العيب على نفسه فلا بأس » بل عن ابن إدريس تحريم وطئها لكفرها ، وفيه منع تقدم في محله .

و بالجملة فلا ريب في دلالة فحوى هذه النصوص على مرجوحية وطء الزانية

(١و٢) الوسائل الباب ـ٨٤ـ من‌أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ـ١ .

(٣) سورة النور : ٢٤ ـ الاية ٣ .

(٤) الوسائل الباب‌ـ١٤ـ من‌أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢ والباب ـ٦٠ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث١ وفى الموضعين: « الخبيثة يتزوجها الرجل ....» كما فى الكافى ج ٥ ص ٣٥٣.

(٥ و٦) الوسائل الباب ـ١٤ـ من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ٥ ـ ٤ و فى الثانى « ان لم يخف العيب على ولده » .

مضافاً إلى خبر الحسين بن أبي العلاء (١) المروى عن خرائج الراوندى قال : «دخل على أبي عبدالله عليه السلام رجل من أهل خراسان فقال : إن فلان بن فلان بعث معي بجارية وأمرني أن أدفعها إليك ، قال : لا حاجة لي فيها ، إنّا أهل بيت لا يدخل الدنس بيوتنا ، قال : لقد أخبرني أنها ربيبة حجره، قال : لا خير فيها ، فانها قد أفسدت، قال : لا علم لي بهذا ، قال : أعلم أنه كذا » بل في خبر آخر عنه (٢) «أنه لمّا دخل عليه الرجل من خراسان قال له : ما فعل فلان ؟ قال: لا علم لي به ، قال : أنا أُخبرك به ، بعث معك بجارية لا حاجة لي فيها ، قال : و لم ؟ قال : لأنك لم ترقب الله فيها حيث عملت ما عملت ليلة نهر بلخ ، فسكت الرجل ، وعلم أنه علم بأمر عرفه » .

المسألة الرابعة

لا يشترط في التحليل تعيين المدة ، للأصل و إطلاق النصوص (٣) خلافاً للمحكي عن المبسوط ، ولا وجه له ، ولا ذكر مهر، كما أنه لا نفقة لها ، بل لا سلطان له عليها لا ليلاً ولا نهاراً إلاّ باذن السيد، بخلاف الأمة المزوجة ، ففي القواعد إن عليه تسليمها للزوج ليلاً و له استخدامها نهاراً ، و كأنه لأنه انما ملكه الانتفاع ببضعها فيبقى له الاستخدام، والغالب في زمانه النهار ،كما أن الغالب في زمان الأول الليل ، ولذا بني عليه القسم ، فلو أراد أحدهما عكس ماله لم يلزم الآخر إجابته وكذا لو آجرها للاستخدام ، فان عليه تسليمها نهاراً، وله الاستمتاع بها ليلاً ، فلو أراد أحدهما الاستبدال لم يلزم الاجابة ، وقد وافقه على ذلك شارحاه : المحقق الثاني والفاضل الهندي .

بل فيها أيضاً « أنها لو كانت محترفة وأمكنها ذلك في يد الزوج ففي وجوب تسليمها إليه نهاراً لو أراده إشكال » بل في الشرحين أقربه و أصحّه عدمه ، لأن

(١و٢) الوسائل الباب -٦٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-٢ .

(٣) الوسائل الباب -٣١- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

التزويج لم يقتض إلا التسليم ليلا وربما بدا للسيد استخدامها نهاراً ، بل في الثلاثة أيضاً أن للسيد أن يسافر بها و لعله لسبق حقه ، و لأنه مالك للرقبة و إحدى المنفعتين ، فكان جانبه أقوى ، نعم لو أراد الزوج السفر معها ليصحبها ليلا لم يكن له منعه ، لأن ذلك حق ثابت له ، لكن لانفقة لها وإن تمكن منها نهاراً مالم يكن السفر برضاه ، فانه يكون بمنزلة سفره بها ، كما في الثلاثة أيضاً أن الأقرب تسلط الزوج على إخراجها من دار السيد ليلا لو أراده ، حتى انه لو بذل لهما بيتاً في داره لم تجب على الزوج إجابته .

وفيها أيضاً أن النفقة إنما تجب على الزوج في الحضر لو تسلمها ليلا ونهاراً، أما لو تسلمها ليلا فقط فالأقرب كما عن المبسوط عدم وجوب شيء منها لعدم التمكين التام ، ويحتمل وجوب الكل ، ككون التخلف بحق كالحيض والمرض ، ونصف النفقة أو نفقة الليل خاصة .

و في القواعد أيضاً « أنه لو قتلها السيد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر أقربه العدم ، كما لوقتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها» و في جامع المقاصد احتمال السقوط حتى في الأخيرين أيضاً بل عن المبسوط إسقاطه في الأخير، كما أن سقوطه بقتل الأجنبي الأمة قول ، لكونها حينئذ كتلف المبيع قبل قبضه .

لكن لايخفى عليك ما في الجميع ، وعدم انطباقه على ماعند الامامية من حرمة القياس والاستحسان والمصالح المرسلة و نحو ذلك من القول بالرأي، ومن هنا خلت عن هذه الأحكام معظم كتب الأصحاب ، و انما وجدتها في كتب العامة كالاسعاد و نحوه ، بل أكثروا فيها من الخرافات ، وخصوصاً في تحرير الوقت من الليل الذي يجب تسليمها فيه .

ولعل العمدة فيما ذكره الفاضل ما رواه الراوندي في المحكي في نوادره باسناده (١)

---

(١) المستدرك الباب ـ ٥٨ ـ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ عن الجعفريات .

عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام « إن علياً عليه السلام قال : إذا تزوج الحر أمة فانها تخدم أهلها نهاراً و تأتي زوجها ليلاً ، وعليه النفقة إذا فعلوا ذلك » بناءً على كونه جامعاً لشرائط الحجية، ولم يكن خارجاً مخرج التقية، وإلاّ كان ذلك كله مشكلاً ، فان المتّجه على اُصول الامامية جريان حكم الزوجة عليها، فيجب تسليمها حينئذ ليلاً ونهاراً، نعم يجوز للسيّد الانتفاع بها في كل منهما ما لم يعارض حق الاستمتاع بها ، و ملك السيّد لها لايزيد على ملك الحرة نفسها الّذي قد انقطع بعقد التزويج الوارد على ذلك والمقتضى تسلط الزوج على زوجته في جميع الأزمنة والأمكنة ، فان الرجال قوامون على النساء ، وهنّ حرث لهم ، فليأتوا حرثهم أنّى شاؤوا .

بل الظاهر عدم جواز سفر السيّد بها بدون إذن الزوج بخلاف العكس ، وملك الرقبة لاينافي ذلك ، فانها أمانة في يد الزوج كالعين المستأجرة ، فان لم يأمنه تولى هو حفظها ولو بالسفر معها على وجه لايمنع استمتاع الزوج .

وبذلك يظهر وجوب تمام نفقتها عليه ، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة المقتضي وجوب تسليمها إليه ، لمعلومية كون النفقة عوضاً عن الاستمتاع ، أللّهمّ إلاّ أن يدّعى أن بناء نكاح الأمة على ذلك ، أي على الاستحقاق ليلاً على وجه يكون كالشرط ، وإلاّ لم ينطبق شيء من ذلك على اُصولهم .

كما أنه لاينطبق عليها سقوط المهر بالقتل الّذي هو ليس من أسباب الفسخ للعقد المقتضى لوجوب المهر ، والنكاح ليس من المعاوضات المحضة فضلاً عن أن يكون كالبيع حتّى يشاركه في حكم التلف قبل القبض ، نعم بناءً على سقوط المهر بالموت قبل الدخول للنصوص (١) التي تسمعها و تسمع الكلام فيها في محله يتّجه هنا ذلك ، لا للقتل من حيث كونه قتلاً فتأمّل جيّداً كي تعرف الحال فيما ذكره العامة أيضاً من حكم تزويج العبد باذن سيّده ، فانهم أيضاً قد ذكروا فيه أيضاً ما يقرب مما سمعته، لكن المتّجه على اُصولنا عدم تسلط السيد عليه، حيث يجب عليه الوطء والقسم ونحوهما، أما مع عدم شيء منهما فللسيد منعه و استخدامه ليلاً ونهاراً . فان الاذن

(١) الوسائل الباب -٥٤ و٥٨ من أبواب المهور .

بتزويجه لاتقتضى رفع اليد عنه ليلاً على وجه تستحقه الزوجة مطلقاً ، أللّهم إلاّ أن يستفاد من فحوى ماسمعته في الأمة بناءً على ثبوت الحكم فيها ، والله العالم.

﴿ ويلحق بالنكاح النظر في اُمور خمسة : ﴾

﴿ الاول مايردّ به النكاح ﴾

﴿ وهو يستدعى بيان ثلاثة مقاصد ﴾

﴿ الاول في العيوب ﴾

﴿ وهي إمّا في الرجل و إمّا في المرأة ، فعيوب الرجل ﴾ المتفق على الفسخ بها ﴿ ثلاثة ﴾ بل أربعة ﴿ الجنون والخصا والعنن ﴾ والجبّ ﴿ فالجنون ﴾ الّذي هو مرض في العقل يقتضي فساده وتعطيله عن أفعاله وأحكامه ولو في بعض الأوقات، من الجنان أوالجن بالكسر أو الجن بالفتح ، فالمجنون من اصيب جنانه أي قلبه ، أو أصابته الجن ، أو حيل بينه و بين عقله فستر عقله ، نعم لا عبرة بالسهو الكثير السريع الزوال ، ولا الاغماء الّذي يكون عن هيجان المرة أو غلبة المرض أو نحو ذلك مما لا يصدق معه اسم الجنون ، وإلا فلو فرض كونه على وجه يصدق عليه ذلك ترتب عليه حكمه ، بل لعله داخل في مفهومه لغة و إن خص في العرف باسم آخر ، حتّى قيد الجنون بأن لايكون في عامة الأطراف فتور ، وإليه يرجع ما عن الشيخ وابن البراج من أن الجنون ضربان : أحدهما خنق والثاني غلبته على العقل من غير حادث مرض ، و هذا أكثر ، و أيهما كان فالخيار لصاحبه ، و إن غلب عقله المرض فلا خيار، فان برىء من مرضه فلا كلام، وإن زال المرض وبقي الاغماء فهوكالجنون لصاحبه الخيار ، و كيف كان فالجنون فنون .

و على كلّ حال هو ﴿ سبب لتسلط الزوجة ﴾ الجاهلة ﴿ على الفسخ دائماً

كان ﴿ الجنون ﴾ ﴿ أو أدواراً ﴾ للصدق إذا كان سابقاً على العقد أو مقارناً له بلا خلاف معتدبه أجده فيه ، بل الاجماع إن لم يكن محصلاً ، فهو محكي عليه ، لنفي الضرر والضرار و الغرور والتدليس و لفحوى خبر علي بن أبي حمزة (١) الآتي في المتجدد بعد التزويج بناءً على أولوية غيره منه في ذلك ، قيل : و لصحيح الحلبي (٢) « إنما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل » والذي عثرنا عليه في الاُصول عنه عن أبي عبدالله عليه السلام إنه قال : « في رجل يتزوّج إلى قوم ، فاذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له ، قال : لا يردّ ، إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ، قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحل من فرجها ، ويغرم وليّها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها » ورواه في الكافي (٣) « سألته عن رجل يتزوّج إلى قوم ، فاذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له ، قال : يردّ النكاح من البرص والجذام و الجنون والعفل » و كان بناء الاستدلال على عدم تخصيص الوارد بالمورد ، ولكن فيه أنه كذلك بعد معلومية استقلال الجواب ، ومن المحتمل قراءة الفعل هنا بالمعلوم ، فيكون الضمير فيه راجعاً إلى الرجل ، فلا يكون مستقلاً ، و لعله لذا لم يحكم الأكثر - كما ستعرف - بالخيار لها في الجذام و البرص ، نعم رواه الشيخ في موضع من التهذيب (٤) « إنما يرد النكاح - إلى قوله - : و العفل » من دون تقدم شيء آخر وتأخره ، لكن من المعلوم أن ذلك من تقطيع الشيخ ، لا أنه خبر مستقل للحلبي كما يومىء إليه اتحاد السند . وعلى كل حال فالاستدلال به لا يخلو من إشكال .

---

(١) الوسائل الباب -١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) ذكر صدره في الوسائل في الباب - ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ و ذيله في الباب -٢- منها الحديث ٥ .

(٣) أشار اليه في الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ وذكره في الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤-الرقم ١٦٩٣ .

و منه يعلم أيضاً ما في الاستدلال عليه بأولوية ثبوته للمرأة في الرجل من العكس الثابت نصاً (١) وفتوى كما ستعرف ، لكون الرجل له طريق تخلص بالطلاق دونها فانه يمكن منع القطع بها، خصوصاً بعد قول الصادق عليه السلام في خبر عباد القبي(٢) الآتي: « والرجل لا يرد من عيب » كما أن الواضح منع كونها من قبيل فهم حرمة مطلق الايذاء من النهي عن التأفيف (٣) .

ولعله لذا توقف في الحكم بعض متأخري المتأخرين ، وخصه في المتجدد دون السابق ، قال : « و الظاهر أن الوجه فيه عدم صحة النكاح لو فرض قبل العقد ، إلا أن يكون الجنون أدواراً و عقد في حال الصحة ، أو قلنا بجواز تزويج الولي فيه » لكن قد عرفت ما فيه مع فرض الصحة التي هي محل البحث ولو بالعقد من الولي حال كونه صغيراً مجنوناً : من أنه يكفي أولويته من الجنون بعده في الحكم المزبور والاجماع المحكي وغير ذلك .

بل الظاهر عدم الفرق فيه بعد صدق اسمه بين عقله أوقات الصلاة و عدمه ، خلافاً لظاهر المحكي عن ابن حمزة من تقييد الخيار بذلك مطلقا بل ربما حكي أيضاً ذلك عن المبسوط والمهذب مشعرين بالاجماع عليه ، كما عن الصدوق نسبته إلى الرواية (٤) و لعله لدعوى توقف الصدق على ذلك ، و فيهما منع ، وما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (٥) « إذا تزوج رجل فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ منه مبلغاً حتى لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما ، و إن عرف أوقات الصلاة فلتصبر

(١) الوسائل الباب ـ ٢ ـ من أبواب العيوب والتدليس .

(٢) الوسائل الباب ـ١٤ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ عن عباد الضبي كما يأتي.

(٣) سورة الاسراء : ١٧ ـ الاية ٢٣ .

(٤) الوسائل الباب ـ١٢ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .

(٥) المستدرك الباب ـ ١١ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

المرأة ، فقد ابتليت » الّذي هو بعد تسليم حجيّته في الجنون المتجدد، كالمرسل عن الفقيه ، فانه بعد أن روى خبر ابن أبي حمزة (١) الآتي في المتجدد قال : « و روى في خبر آخر (٢) أنه إن بلغ به الجنون مبلغاً لايعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما ، فان عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه ، فقد ابتليت » وستعرف تحقيق المسألة وعلى كل حال فلا ريب في أن لها الخيار بالجنون السابق مطلقا .

بل ﴿ وكذا المتجدّد بعدالعقد وقبل الوطء أو بعدالعقد والوطء ﴾ بلاخلاف أجده فيه مع عدم عقل أوقات الصلاة ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، كما هو ظاهر غير واحد ، بل مطلقا وفاقاً لجماعة ، لنفي الضرر والضرار (٣) ، ولا طلاق الصحيحين (٤) بناء على دلالتهما ، ولخبر عليّ بن أبي حمزة (٥) « سئل أبوإبراهيم عليه السلام عن امرأة يكون له زوج قد اُصيب في عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون ، قال : لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت » .

وخلافاً للمحكي عن ابن بابويه والمفيد والشيخ وبني زهرة والبراج وإدريس فقيدوه بما إذا كان لايعقل معه أوقات الصلاة و إلاّ فلا خيار ، بل في الرياض نسبته إلى الأكثر ، للأصل والمرسل (٦) و الرضوي (٧) و إليه أشار المصنف بقوله : ﴿ و قد يشترط في المتجدد أن لايعقل أوقات الصلاة و هو في موضع التردد ﴾ من إطلاق الخبر المزبور (٨) المؤيد باستبعاد الفرق بين ما قبل العقد و بعده ، خصوصاً

(١و٢) الوسائل الباب -١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١-٣.

(٣) الوسائل الباب -١٢- من كتاب احياء الموات .

(٤) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ والتهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ - الرقم ١٦٩٣ و ص ٤٢٦ - الرقم ١٧٠١ .

(٥و٨) الوسائل الباب -١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٦) الوسائل الباب -١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .

(٧) المستدرك الباب -١١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

إذا كان المستند في الأول إطلاق النصوص (١) الّذي لا فرق فيه بين السابق والمتجدد، و من المرسل (٢) المؤيد بالرضوي (٣) و أصالة اللزوم فيمن يعقل، و عدم الجابر لخبر ابن أبي حمزة بالنسبة إلى ذلك، بل الموهن محقق، بل لا بأس بتقييده بالمرسل المزبور المنجبر بفتوى الأكثر، و من هنا كان مختار بعض الأفاضل ذلك، لكن الّذي يقوى في النظر أنه لا خلاف في المسألة أصلاً، و إن كان أول من يوهم كلامه ذلك ابن إدريس فيما حكي عنه، كما أن أوّل من ظنه المصنف وتبعه الفاضل و من تأخر عنهما، إلاّ أن مراد الأصحاب بعدم عقله أوقات الصلاة، تحقق الجنون الّذي يسقط معه التكليف، لا أنه تقسيم للجنون المسقط للتكليف إلى قسمين أحدهما ما يعقل والآخر ما لا يعقل، والمسلط للخيار الثاني في الثاني بخلاف السابق فانه بقسميه مسلط للخيار، إذ هو كما ترى لا ينبغي صدوره من أصاغر الطلبة فضلاً عن أساطين المذهب وقوامه.

و من ذلك يعرف عدم الفرق بين السابق والمتجدد كما سمعته عن ابن حمزة، بل والمبسوط والمهذب المشعرين بالاجماع عليه، وكأنّ من اقتصر على ذكر ذلك في المتجدد اعتمد على ثبوته في السابق بطريق أولى، لا لاختصاص الخيار به، وحينئذ يظهر لك من ذلك ما في كثير من كتب الأصحاب المحررة لهذه المسألة.

ثمّ إن ظاهر الفتاوى بل كاد يكون صريح جامع المقاصد عدم الفرق في هذا الحكم بين الدائم والمنقطع، ولا بأس به، بل قد يدعى شمول النص له، والله العالم.

﴿ و﴾ أما ﴿ الخصاء ﴾ بالكسر والمدّ فهو ﴿ سلّ الأنثيين﴾ أي إخراجهما ﴿وفي معناه ﴾ بل قيل منه ﴿ الوجاء ﴾ بالكسر والمدّ، وهو رضّهما، فالمشهور بين الأصحاب أنه عيب تتسلط به الامرأة الجاهلة على الفسخ، لحديث الضرار (٤)

---

(١) الوسائل الباب -١ و ١٢- من أبواب العيوب و التدليس.

(٢) الوسائل الباب -١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣.

(٣) المستدرك الباب -١١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١.

(٤) الوسائل الباب -١٢- من كتاب احياء الموات.

وخصوص المعتبرة المستفيضة كصحيح ابن‌مسكان (١) « بعثت بمسألة مع ابن أعين ، قلت : سله عن خصي دلّس نفسه لامرأته فدخل بها فوجدته خصياً ، قال : يفرّق بينهما ، و يوجع ظهره ، و يكون لها المهر بدخوله عليها » و في رواية الكشي (٢) « أنه كتب بذلك إلى الصادق عليه‌السلام مع إبراهيم بن ميمون » والموثق (٣) عن أحدهما عليهما‌السلام « في خصي دلّس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها فقال : يفرّق بينهما إن شاءت المرأة ، ويوجع رأسه ، وإن رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه » والآخر(٤) عنه عليه‌السلام « إن خصياً دلّس نفسه لامرأة ، قال : يفرّق بينهما، وتأخذ المرأة منه صداقها، و يوجع ظهره كما دلّس نفسه» وصحيح علي‌بن جعفر(٥) عن أخيه عليه‌السلام المروي عن قرب‌الاسناد « سألته عن خصي دلّس نفسه لامرأة ماعليه ؟ قال : يوجع ظهره ، ويفرّق بينهما، وعليه المهر إن دخل بها ، وإن لم يدخل‌فعليه نصف المهر» وما عن الفقه(٦) المنسوب إلى الرضا عليه‌السلام « وإن تزوّجها خصي فدلّس نفسه لها و هي لا تعلم فرّق بينهما ، و يوجع ظهره كما دلّس نفسه ، و عليه نصف الصداق ، ولا عدة عليها منه ، فان رضيت بذلك لم يفرّق بينهما ، و ليس لها الخيار بعد ذلك » لكن مع ذلك كلّه فعن المبسوط والخلاف أنه ليس بعيب ، لأنه يولج ، بل ربما كان أبلغ من الفحل ، لعدم فتوره إلاّ أنه لم ينزل ، و هو ليس بعيب ، إنما العيب عدم الوطء ، و في كشف اللثام « و لعله يحمل الأخبار على من لايتمكن من الايلاج ، و ليس ببعيد » وفيه أنه مناف لما في أكثرها (٧) من أخذ صداقها أجمع منه المشروط بالدخول المصرح به في بعضها (٨) نعم قد يقال : إن النصوص جميعها قد اشتملت على التدليس ، و لعل خيارها من جهته ، لامن حيث

(١و٢و٣) الوسائل الباب -١٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣-٧-١ .

(٤ و٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ - ٥ .

(٦) المستدرك الباب -١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

(٧ و ٨) الوسائل الباب -١٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث -٠-٣ .

كونه عيباً ، كما عساه يومىء إليه ما في بعضها (١) «كما دلّس نفسه» الّذي هو بمنزلة التعليل مؤيداً ذلك بأصالة اللزوم ، و ما في النصّ (٢) الآتي من عدم ردّ الرجل بعيب ، أللّهمّ إلاّ أن يقال : يكفي في التدليس عدم إخباره بنفسه ، بل لو لم يكن الخصاء عيباً لم يتحقق الخيار بتدليسه أيضاً فتأمّل .

ولا إشكال في الوجاء مع فرض كونه فرداً منه وإن كان مشكلاً إلاّ أن يفهم التعليل من قوله عليه السلام (٣) : «كما دلّس نفسه» مع أنه بمعناه .

ومنه يستفاد ثبوت الخيار حينئذ في فاقد الاُنثيين خلقة ونحوه مما هو كالخصي.

﴿ و ﴾ الموجوء إن يكن داخلاً فيهما .

نعم ﴿ إنما يفسخ به ﴾ أي الخصاء و ما في معناه ﴿ مع سبقه على العقد ﴾ دون المقارن فضلاً عن المتجدد بعده و خصوصاً بعد الوطء ، للأصل و اختصاص النصوص به . ﴿و﴾ لكن مع ذلك ففي المتن و غيره ﴿ قيل ﴾ تفسخ به ﴿ و إن تجدد ﴾ بعد العقد قبل الوطء بل قيل و بعد الوطء ﴿ و ﴾ مع أنه ﴿ ليس بمعتمد ﴾ لم نعرف دليلاً معتداً به له . والله العالم .

﴿ و ﴾ الثالث : ﴿ العنن ﴾ وهو ﴿ مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز عن الايلاج ﴾ بل لا يبعد اندراج ما كان عن سحر موضوعاً أو حكماً كما في كشف اللثام وغيره ، و لعله المراد من بعض النصوص (٤) الآتية المشتملة على اُخذة الزوج بالضم الّتي هي على ما قيل رقية كالسحر ، وربما ظهر من بعضهم اعتبار عدم شهوة النساء فيه ، وفيه منع واضح .

﴿ و ﴾ لا إشكال في أنه ﴿ يفسخ به ﴾ العقد ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى النصوص كخبر عباد الضبي أو غياث (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام « في العنين إذا علم أنه لا يأتي النساء فرق بينهما، فاذا وقع عليها دفعة واحدة لم يفرّق بينهما،

(١و٣) الوسائل الباب ـ١٣ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

(٢و٤) الوسائل الباب ـ ١٤ ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ـ ٣ .

(٥) الوسائل الباب ـ١٤ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

والرجل لا يرد من عيب » وصحيح أبي بصير (١) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة ابتلي زوجها فلم يقدر على الجماع أتفارقه ؟ قال : نعم إن شاءت» وعن ابن مسكان(٢) أنه قال : وعن حديث آخر « ينتظر سنة فان أتاها و إلا فارقته ، و إن أحبت أن تقيم معه فلتقم معه» ، والموثق(٣) عنه عليه السلام أيضاً «أنه سئل عن رجل اُخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها ، قال : إن كان لايقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك ، و إن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها » و نحوه خبر السكوني (٤) وصحيح الكناني (٥) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة ابتلي زوجها فلم يقدر على الجماع أبداً أتفارقه ؟ قال : نعم : إن شاءت » و خبر السكوني (٦) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام : من أتى امرأة مرة واحدة ثم اُخذ عنها فلا خيار لها» وفي محكي الفقيه وفي خبر آخر (٧) «أنه متى أقامت المرأة مع زوجها بعد أن علمت أنه عنين و رضيت لم يكن لها خيار بعد الرضا » وصحيح ابن مسلم (٨) عن أبي جعفر عليه السلام «العنين يتربص به سنة ، ثم إن شاءت امرأته تزوجت ، وإن شاءت أقامت » وخبر غياث بن إبراهيم (٩) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام إن علياً عليه السلام لم يكن

---

(١) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢ و٣) الوسائل الباب - ١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١-٣ .

(٤) ليس في المقام لسكوني رواية الا ما يذكرها بعد صحيح الكناني الاتي ، و قد ذكر في الوافي ج ١٢ ص ٨٤ الباب - ٨٨ - من أبواب النكاح بعد نقله موثق عمار ان السكوني روى عن أبي عبدالله عليه السلام مثله في الفقيه ، والظاهر أنه سهو من قلمه الشريف أو من النساخ اذ لم نعثر في الفقيه عليها كما لم نجدها في الكافي والتهذيب والاستبصار .

(٥ و٦ و٧ و ٨) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ - ٢ - ١٠ - ٥ .

(٩) الوسائل الباب-١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ وفيه « ويرد من العسر» كما في التهذيب ج ٧ ص ٤٣٣ - الرقم ١٧٢٥ الا ان الموجود في الوافي ج ١٢ ص ٨٤ الباب - ٨٨ - من أبواب النكاح نقلا عن التهذيب « من العنن » .

يرد من الحمق ، و يرد من العنن» وخبر أبي البختري (١) عن أبي جعفر ، عن أبيه عليهما السلام « إن علياً عليه‌السلام كان يقول : يؤخر العنن سنة من يوم مرافعة امرأته ، فان خلص إليها ، وإلا فرق بينهما ، فان رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها » إلى غير ذلك من النصوص الدالة عليه منطوقاً و مفهوماً الظاهرة في أن لها الفسخ به ﴿و إن تجدد بعد العقد﴾ كما هو المعروف بين الأصحاب ، بل لا أجد فيه خلافاً منا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لاطلاق الأدلة ، بل لعله الفرد الظاهر المتجدد ولو بالاستصحاب .

فما في جامع المقاصد - من أنه يلوح من عبارة المبسوط عدم ثبوت الخيار به ، قال : «العيب الحادث بالزوج بعد العقد ، فكل العيوب تحدث فيه إلا العنن ، فانه لا يكون فحلا ثم يصير عنيناً عن نكاح واحد، وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا الجنون » - في غير محله، فان مراده بحسب الظاهر ما حكي عنه في مقام آخر « إذا تزوج امرأة و دخل بها ثم عجز عن جماعها لم يحكم بأنه عنين ، ولا تضرب له مدة بلا خلاف من أنه لا عنن شرعي بعد الدخول ولو مرة » .

و على كل حال فلا إشكال في ثبوت الخيار بالمتجدد ﴿ لكن بشرط أن لا يطأ زوجته ولا غيرها، فلو وطأها ولو مرة ثم عن أو أمكنه وطء غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الأظهر ﴾ الأشهر، بل عن المبسوط والخلاف نفي الخلاف فيه، للأخبار التي سمعتها المنجبرة بما عرفت ولرجاء زواله حينئذ ، خلافاً للمحكي عن ابن زهرة و ظاهر المفيد من تخييرها مطلقا مدعياً عليه أولهما الاجماع الموهون بما سمعت ، وللضرر و خبر الكناني (٢) وما شابهه التي يمكن حملها على غيرها من الأخبار المقيدة ، فما في المختلف من التوقف في غير محله ، كما أن فيما حضرني من نسخة الرياض من نقل الشهرة وغيرها كذلك ، لظهور كونه خلافاً في النقل .

(١و٢) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٩-٦ .

نعم الظاهر الاكتفاء بتحقق العنن بالنسبة إليها حتّى يعلم أنه يطأ غيرها ، لا أنه لابد من عرض على الغير حتّى يعلم أنه عاجز عن وطء غيرها ، وإن كان ربما يوهمه بعض النصوص السابقة نحوقوله عليه السلام (١) «إذا علم أنه لايأتي» وقوله عليه السلام (٢) : « إن كان لا يقدر » إلى آخره لكن المراد العلم ولو بهذا الطريق ، ضرورة ظهور نصوص التأجيل في فسخها عند انتهاء الأجل لمجرد عجزه عنها في الأجل مع عدم العلم بحاله فيغيرها ، وحينئذ لايقدح فيما ذكرنا دعوى دخول العجز عن وطء أحد في مفهوم العنن .

كما أن الظاهر اعتبار عدم وطئها ولو مرة ، فلا يسقط خيارها بوطء غيرها بعد عقدها ثمّ اعتراه العنن بعدالخلوة بها أوقبله ، فانالنصوص السابقة إنما أسقطت خيارها بوطئها ولو مرة ، لا مطلق الوطء و إن كان القول به لا يخلو من وجه بل قوة .

وعلى كل خال فما عن ظاهر المفيد من ثبوت الخيار بالعجز عن وطئها و إن تمكن من وطء غيرها مناف لأصالة اللزوم ، وللاجماع المحكيإن لم يكنالمحصل، ولما سمعته من بعض النصوص التي لاينافيها إطلاق بعضها المحمول عليها أو المبنى على ماأومأنا إليه سابقاً من تحقيقالعنن بالعجز عنها وعدم العلمبامكان وطء غيرها، ولعل هذا هو مراد المفيد ، وإلاّ كان محجوجاً بما عرفت .

بل ﴿ وكذا ﴾ يسقط خيارها ﴿ لو وطأها ﴾ بعد العقد ﴿ دبراً و عنّ قبلاً ﴾ لارتفاع العنن حينئذ ولاندراجه فيالنصوص (٣) السابقة حينئذ بناءً على ما سمعته من جواز الوطء في الدبر فانه أحد المأتيين(٤) أما بناءً على عدم جوازه فيشكل اندراجه فيها فتبقىالاطلاقات المقتضية للخيار حينئذ سالمة عن المعارض،

(١ و٢) المتقدم فى ص ٣٢٤ الرقم ٥ وص ٣٢٥ الرقم ٣ .

(٣) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العيوب و التدليس .

(٤) الوسائل الباب -٧٣- منأبواب مقدمات النكاح الحديث ٧ .

و لعله لذا قيّد السقوط بذلك في الروضة والمسالك ، بل قد يحتمل ذلك على القول بالجواز أيضاً بدعوى انسياق غيره من نصوص التقييد ، فيبقى الاطلاق سالماً كما أنه قد يحتمل السقوط على الحرمة أيضاً بدعوى صدق الوقوع والاتيان ونحوهما مما يدخل به تحت الحكم الوضعي في نصوص التقييد مؤيداً ذلك بظهور عدم العنن حينئذ ، والله العالم .

﴿ وهل تفسخ ﴾ المرأة ﴿ بالجب ﴾ السابق على العقد ؟ ﴿ فيه تردد ، منشؤه التمسك بمقتضى العقد ﴾ المقتصر في خلافه على المنصوص عليه بخصوص الذي هو المتيقن ، و عدم ردّ الرجل بعيب ، و من صدق التدليس ، و كونه بمعنى الخصي أو العنن ، بل أعظم منهما ، لقدرة الأول على الايلاج ، واحتمال الثاني البرء ، والضرر ، وشمول صحيح الكناني (١) وأبي بصير (٢) له .

﴿ والأشبه تسلطها به ﴾ بل لا أجد فيه خلافاً ، بل عن المبسوط والخلاف نفيه عنه ﴿ لتحقق العجز عن الوطء ﴾ الذي بسببه يندرج في الصحيحين السابقين المؤيدين بفحوى الخصي والعنن و قاعدة الضرار و غيرها ، لكن ﴿ بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشفة ﴾ وإلاّ فلا خيار لها قولاً واحداً ، لجريان جميع أحكام الوطء حينئذ عليه ، ولا تجرى فيه أدلة الخيار .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو حدث الجب ﴾ بعد العقد قبل الوطء أو بعد الوطء ﴿ لم يفسخ به ﴾ وفاقاً لما عن جماعة ، منهم ابن إدريس والفاضل في الارشاد و موضع من التحرير والخلاف وموضع من المبسوط ، بل في الأخير عندنا أنه لا خيار فيه ، لأصالة اللزوم ، ولكونه كالخصاء الذي قد عرفت اشتراط سبقه .

﴿ و فيه قول آخر ﴾ محكي عن القاضي والفاضل في التلخيص و موضع من التحرير أنها تتسلط به حتّى لو حدث بعد الوطء فضلاً عما قبله ، بل في محكي المبسوط نفي الخلاف فيه بيننا و بين غيرنا ، ولعله لقاعدة الضرار وشمول الصحيحين (٣)

(١و٢) الوسائل الباب ـ١٤ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ـ١ .

(٣) الوسائل الباب ـ ١٤ ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ـ٦ .

ولا ينافي ذلك عدم ثبوت الحكم في العنن والخصاء ، ضرورة عدم ملازمة اشتراكه معهما في الفسخ في حال لاشتراكه معهما في عدمه في الحال الآخر ، لا مكان استقلاله بدليل يقتضي اختصاصه بذلك ، لنفي الخلاف فيما سمعته من المبسوط وغيره .

و ربما قيل بالتفصيل بين ما قبل الوطء و بعده ، للأصل والتصرف المسقط للخيار ، و لما سمعته من النصوص (١) المقيدة لا طلاق مادل (٢) على الخيار بما إذا لم يطأ ولو مرّة ، وإلاّ كانت المرأة مبتلاة فلتصبر ، و من هنا يقوى لحوق حكم العنن له ، وأما الزيادة فلم تثبت ، ونفي الخلاف المزبور من الشيخ موهون بما سمعته منه ، فضلاً عن تبيّنه بالنسبة إلى كلمات الأصحاب .

و على كلّ حال فلو قلنا بثبوته بتجدده بعد العقد قبل الوطء أو بعده ففي القواعد « أن الأقرب عدم فسخها لو كان قد صدر منها ذلك عمداً » و لعله لأنها حينئذ هي التي فوّتت على نفسها الانتفاع ، كما لا خيار للمشتري لو أتلف المبيع أو عيّبه ، فتبقى حينئذ أصالة اللزوم سالمة عن قاعدة الضرر وغيرها ، وربما احتمل الثبوت أيضاً ، بل هو خيرة بعض العامة ، لأنه كهدم المستأجر الدار المستأجرة له ، و للعموم ، وعدم استلزام رضاها بالعيب رضاها بالنكاح معه ، و فيه منع عموم يشمل الفرض ، والخيار على خلاف الأصل ، والقياس باطل عندنا بعد تسليم الحكم في المقيس عليه ، والله العالم .

﴿ولو بان﴾ الزوج أو الزوجة ﴿خنثى﴾ واضحاً ولو بأحد الأمارات المعتبرة ﴿لم يكن﴾ له ولا ﴿لها الفسخ﴾ لأصالة اللزوم ، و قوله في الخبر السابق (٣) : « وليس يرد الرجل من عيب » ولأنه حينئذ كزيادة إصبع أو ثقبة .

﴿و قيل﴾ والقائل الشيخ في موضع من المبسوط : ﴿لها ذلك﴾ للنفرة

---

(١) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢و٤و٨ .

(٢) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ و ٥ و ٩ .

(٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ و فيه « والرجل لايرد من عيب » .

﴿و هو تحكم﴾ واضح ﴿مع﴾ فرض ﴿إمكان الوطء﴾ الّذى هو المقصود في النكاح ، ومن هنا حكي عن الشيخ في مواضع أخر التصريح بعدم كونه عيباً ، وكون الأمارات ظنية لا تقتضي بذلك بعد أن كانت معتبرة عند الشارع على وجه تشخص الموضوع وتجرى عليه أحكامه .

أما لوفرض كونه مشكلاً فالنكاح باطل من أصله ، لعدم العلم بحصول شرطه، فالأصل بقاء البضع بحاله ، و ما وقع من الشيخ في المواريث ـ من أن للزوج إذا كان كذلك نصف النصيبين ـ سهو من القلم ، والله العالم .

﴿و﴾ حينئذ ف﴿لا يرد الرجل بعيب غير ذلك﴾ الّذى قدمناه وفاقاً للمشهور ، للأصل و حرمة القياس عندنا ، و قوله عليه السلام في المعتبر (١) بوجود من أجمع على تصحيح ما يصح عنه في سنده أولانجباره بالشهرة بالنسبة الى ذلك : « وليس يرد الرجل من عيب» خلافاً لما عن القاضي في المهذب ، فرده بالجذام والبرص والعمى ، و أبي على بها و بالعرج والزنا ، ولم أعرف أحداً وافقهما على ذلك عدا جماعة من المتأخرين في خصوص الجذام والبرص ، لصحيح الحلبي (٢) والأولوية وقاعدة الضرر بالعدوى ونحوها ، مع ما في المسالك من المناقشة في الخبر المزبور سنداً ودلالة ، لمعلومية ثبوت عيب في الرجل يرد به ، لكن قد عرفت الحال في ذلك كلّه سابقاً ، على أن العدوى ـ مع اقتضائها التعدية إلى كل مرض معد مما لا يقول به الخصم ـ يمكن رفعها بايجاب التجنب ، فالأقوى عدم الخيار بهما حينئذ مع سبقهما على العقد ، فضلاً عما لو تجددا بعده ، و خصوصاً بعد الوطء ، و فضلاً عن غيرهن مما لم نعرف للقائل به دليلاً عدا دعوى الأولوية من الامرأة الممنوعة على مدعيها ، وعدا بعض النصوص (٣) في الزاني زوجها بعد العقد قبل الدخول المعارضة بأقوى (٤)

---

(١) الوسائل الباب ـ١٤ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ و فيه « والرجل لا يرد من عيب » .

(٢) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ .

(٣) الوسائل الباب ـ١٧ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ و ٣ .

(٤) الوسائل الباب ـ١٧ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ ـ٤ .

منها في ذلك أيضاً بوجوه : منها الشهرة العظيمة إن لم يكن إجماعاً على عدم تسلطها على الفسخ بذلك ، كما قد تقدم الكلام فيها سابقاً . والله العالم . هذا كلّه في الرجل .

﴿و﴾ أما ﴿ عيوب المرأة ﴾ فهي ﴿سبعة : الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والعرج ، أما الجنون ﴾ الّذى لا خلاف نصاً (١) و فتوى في كونه عيباً فيها بل الاجماع بقسميه عليه ﴿و﴾قد عرفت أنه ﴿ هو فسادالعقل ﴾ وإن كان فنوناً من الجنان أوالجين أوالجنّ ، فالمجنون من اُصيب جنانه أي قلبه، أوأصابته الجنّ ، أوحيل بينه و بين عقله فستر عقله كما في كشف اللثام ، والظاهر أنه من الأخير ، بل لعل الأولين منه أيضاً لما فيهما من الستر .

﴿و﴾ أنه ﴿ لا يثبت الخيار مع السهو السريع زواله ﴾ و إن كثر ، لعدم كونه من الجنون ﴿ ولا مع الاغماء العارض مع غلبة المرّة ﴾ ونحوها مما لا يصدق معه اسم الجنون ﴿ و إنما يثبت الخيار فيه ﴾ أي الاغماء ونحوه ﴿ مع استقراره ﴾ لكونه حينئذ منه وإن سمي باسم آخر عرفاً كما سمعته فيما تقدم ، و احتمال عود الضمير الى المجنون يدفعه أنه لا فرق فيه بعد صدق اسمه نصاً و فتوى بين المستغرق و غيره والمطبق والأدوارى ، و لعل الأولى من ذلك كلّه إيكال الأمر الى العرف الصحيح القاضي بكونه بفنونه عيباً .

﴿ و أما الجذام فهو ﴾ المرض السوداوى ﴿ الّذى يظهر معه يبس الاعضاء و تناثر اللحم و ﴾ لابد أن يكون بيّناً ف﴿لا يجزىء قوّة الاحتراق ولا تعجّر الوجه ﴾ أي غلظ وضخم وصار ذاعجر أي عقد ﴿ ولا استدارة العين ﴾ إذا لم يعلم كونه منه ، وإلاّ فسخ بها ، لعدم اعتبار الاستحكام فيه عندنا بعد تحققه ، لاطلاق النصّ (٢) والفتوى نعم عن بعض العامة اعتباره ضابطاً له في الجذام بالتقطع ، و في البرص بالوصول الى العظم ، بحيث إذا فرك فركاً شديداً لا يحمر ، و احتمال

(١و٢) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس .

حمل عبارة المتن و ماشابهها على اعتبار ذلك ـ و إن عدم اجزاء الاحتراق و تمجر الوجه و استدارة العين لكون ذلك ابتداؤه قبل استحكامه ـ يدفعه وضوح بطلانه ، لتعليق الحكم نصاً وفتوى على الاسم ، وعلى كل حال لو اختلفا فالقول قولها إلا أن يشهد به عدلان .

﴿ و أما البرص فهو ﴾ لغة وعرفاً ﴿ البياض الذي يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ﴾ وعند الأطباء أو السواد كذلك لغلبة السوداء ، لكن قد يمنع تسلط الفسخ به، للأصل وعدم الصدق عرفاً وإن سلم اشتراكه معه في العلامات ، فاذن ذلك أعم، وستسمع التعبير بالبياض في خبر البصري(١) .

و كيف كان فلااعتبار بالبهق الذي فرق بينه و بين البرص مع كونهما أبيضين بأن البرص غائر في اللحم إلى العظم دونه ، ومن علاماته أنه إذا غرز في الموضع إبرة لم يخرج دم ، بل ماء أبيض ، وإن ذلك لم يحمر إذاً ، ويكون جلده أنزل وشعره أبيض، و إذا كانا أسودين بأن البرص يوجب تفليس الجلد كما يكون للسمك . ﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿ لا يقضى بالتسلط ﴾ على الفسخ ﴿ مع الاشتباه ﴾ وللأصل وغيره .

﴿ و أما القرن ﴾ بالسكون أو الفتح ﴿ فقد قيل : إنه ﴾ لحم ينبت في فم الرحم يمنع من الوطء وهو المسمى بـ﴿ العفل ﴾ بل في كشف اللثام « هو المعروف عند أهل اللغة » و في محكي المبسوط « قال أهل الخبرة : العظم لايكون في الفرج ، لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في فرجها ، وهو الذي يسمى العفل» وفي صحيح عبدالرحمان بن أبي‌عبدالله(٢) عن الصادق عليه‌السلام « المرأة ترد من أربعة أشياء : من البرص و الجذام والجنون والقرن ، و هو العفل مالم يقع عليها ، فاذا وقع عليها فلا » و مضمر البصري (٣) « في الرجل إذا تزوج المرأة فوجد بها قرناً و هو العفل

(١) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ .

أو بياضاً أو جذاماً إنه يردّها ما لم يدخل بها » ﴿ و ﴾ من ذلك كلّه يعرف ضعف ما ﴿ قيل ﴾ من أنه ﴿ عظم ﴾ كالسنّ ﴿ ينبت في الرحم يمنع من الوطء ﴾ كما عن النهاية والصحاح و الجمهرة .

﴿ و ﴾ يعرف أيضاً أن ﴿ الأول أشبه ﴾ نعم ، يمكن دعوى عمومه لهما ، كما عساه يشهد له ما عن المغرب: « القرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه، إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم » و في الصحاح : « والقرن : العفلة الصغيرة ، والعفل والعفلة بالتحريك فيهما شيء يخرج من قبل النساء و حياء الناقة شبيه بالادرة التي للرجال، والمرأة عفلاء » وفي النهاية بعد تفسيره بالعظم : « و يقال له : العفل » كما أنه يمكن دعوى مشاركة نبات العظم له في الحكم المعلوم و إن لم يكن قرناء ولاعفلاء بدعوى كون العلة فيه المنع من الوطء، خصوصاً بعد خبر أبي الصباح الكناني (١) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجدها قرناء قال: هذه لاتحبل، ولايقدر زوجها على مجامعتها يردّها على أهلها صاغرة ، ولا مهر لها » المشعر بذلك ، و كان هذا الخلاف قليل الجدوى بعد تصريح النصوص (٢) بكون القرن عيباً والعفل كذلك ، فالحكم ثابت على تقديري الاتحاد و التعدد وإن زاد عدد العيوب على الثاني دون الأول ، و هي ليست ثمرة معتداً بها .

و كيف كان ﴿ فان ﴾ منع من الوطء فسخ به إجماعاً بقسميه ونصوصاً (٣) و إن ﴿ لم يمنع الوطء قيل ﴾ والقائل الشيخ و القاضي بل في المسالك نسبته إلى الأكثر : ﴿ لا يفسخ به ﴾ للأصل و الاحتياط و انتفاء الضرر بـ﴿ إمكان الاستمتاع ﴾ و صحيح عبدالرحمان (٣) السابق المراد منه على الظاهر أنه إذا وقع

(١) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .

(٢و٣) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس .

(٣) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

عليها أمكنه الوطء ولا خيار ، و إشعار خبر أبي الصباح(١) المتقدم ، قيل : ولا ينافيه ما في ذيله : « قلت : فان كان دخل ، قال : إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها - يعني المجامعة - ثم جامعها فقد رضي بها، و إن لم يعلم إلا بعد ما جامعها فان شاء بعد أمسك و إن شاء طلق» لامكان إرادة المجامعة في غير القبل، هذا .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ لوقيل بالفسخ به ﴾ مطلقا ﴿ تمسكاً بظاهر النقل أمكن ﴾ بل هو الأقوى لا طلاق الأدلة ، حتى خبر عبدالرحمان (٢) الظاهر في أن له الفسخ مالم يطأ وإن كانت قابلة له ، بل في صحيح أبي عبيدة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد مادخل بها ، فقال: إذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها من زمانة ظاهرة فانها ترد على أهلها من غير طلاق » بل خبر أبي الصباح (٤) الذي لايخفى ما في حمله سابقاً من البعد ، ولعل الأولى حمله على عدم التمكن من كمال المجامعة ، وكذا خبر الحسن بن صالح (٥) الذي تسمعه .

لكن في المسالك «هذا القول قوي إن لم يكن الاجماع على خلافه ، إذ لا يظهر به قائل صريحاً » كما يظهر من قوله: «ولوقيل» إلى آخره قلت: ولعله الموافق لاطلاق الأكثر كما اعترف به في كشف اللثام، فلامحيص حينئذ عنه بعد ماعرفت، نعم يمكن اعتبار عدم التمكن فيه من كمال المجامعة فيه الذي قد سمعت ظهور خبر أبي الصباح (٦) السابق فيه ، ونحوه وخبر الحسن بن صالح (٧) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال : هذه لا تحبل ، و ينقبض زوجها عن مجامعتها ، ترد على أهلها، قلت: فان كان دخل بها، قال: إن علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد

(١و٤و٦) ذكر صدره في الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ وذيله في الباب -٣- منها الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٥و٧) الوسائل الباب -٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .

رضي بها، وإن لم يعلم بها إلاّ بعد ماجامعها فان شاء بعد أمسك ، وإن شاء سرّحها إلى أهلها ، ولها ماأخذت منه بما استحل من فرجها » .

بل ربما احتمل تنزيل كلام الكل عليه ، فلاخلاف حينئذ في المسألة ، فيراد حينئذ مما في النص و الفتوى ـ عدم القدرة على الجماع في العفل والانقباض ـ أنه لا يتمكن من كماله ، لكونه ثابتاً في قعرالرحم ، فيمنع من ولوج الذكر و وصوله إلى محله ، و لذا لم تحبل العفلاء غالباً ، و كان فيه كمال الضرر باعتبار نقصان الاستمتاع والتلذذ فضلاً عن غيرهما ، فناسب إطلاق تسلط الزوج على الفسخ ، وإلاّ كان محجوجاً بما عرفت .

﴿ و أما الافضاء فهو تصيير المسلكين واحداً ﴾ كما تقدم الكلام فيه مفصلاً ، ولا خلاف في كونه عيباً، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى الصحيح (١) السابق .

﴿ و أما العرج ففيه تردد ﴾ منشؤه من أصالة اللزوم وحصر العيب في غيره في الصحيح (٢) وغيره ، بل هو ظاهر مفهوم العدد في غيره أيضاً ، و من صدق الزمانة التي سمعت حكمها في صحيح أبي عبيدة (٣) السابق وصحيح داود بن سرحان (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء ، قال: تردّ على وليّها، ويكون لها المهر على وليّها ، وإن كان بها زمانة لايراها الرجال أجيز شهادة النساء عليها » و صحيح محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « تردّ البرصاء والعمياء والعرجاء والجذماء » بل وخلاف بين الأصحاب .

﴿ أظهره ﴾ عند المصنف و الفاضل في القواعد والارشاد ﴿ دخوله في أسباب الفسخ إذا بلغ الاقعاد ﴾ خلافاً لما عساه يظهر من الخلاف والمبسوط والمهذب من

(١و٣) الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ .

(٤) ذكر صدره في الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ وذيله في الباب ـ٤ـ منها الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب ـ ١ ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٧ .

عدم كونه عيباً مطلقا ، و لما عن الاسكافي و الشيخين في المقنعة و النهاية و سلار و أبي الصلاح و ابن البراج في الكامل و ابن حمزة من إطلاق كونه عيباً ، بل لعله ظاهر الفقيه أيضاً ، بل وموضع من المقنع ، وقيل : بل إليه يرجع ما في المختلف و محكي السرائر و التحرير وإن قيدوه بالبيّن الذي يمكن إرادته للأصحاب أيضاً ولذا قال ابن إدريس : « و ألحق أصحابنا عيباً ثامناً ، وهو العرج البيّن ، ذهب إليه شيخنا في نهايته » مع خلو عبارة النهاية بل وغيرها من التقييد بالبيّن ، ولعل الوجه فيه ـ مضافاً إلى استبعاد كون مطلق العرج عيباً ـ وصف الزمانة بالظاهرة في صحيح أبي عبيدة (١) .

بل في جامع المقاصد « الظاهر أن المراد بالاقعاد في المتن و القواعد والعرج البيّن واحد ، و هو أن يكون فاحشاً لا يستطيع معه التردد في العادة إلاّ بالمشقة الكثيرة ، فلا تردّ بالعرج اليسير، وهو الذي لايكون كذلك » بل قال : « وهذا هو المختار ، لأن في صحيحة داود بن سرحان « وإن كان بها زمانة » وظاهرها أن الرّد منوط بالزمانة ، ومفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين ، و كذا رواية أبي عبيدة مع أن المطلق يجب حمله على المقيد ، والاقتصار في المخالف للأصل على موضع اليقين أقرب » .

وإن كان فيه مالايخفى بل ما كنا لنؤثر أن يقع مثل ذلك من مثله، و كذا ما وقع من الفاضل الاصبهاني فأنه بعد أن ذكر صحيح أبي عبيدة دليلاً لاعتبار الاقعاد، قال : « فان المعهود من الزمانة ما تؤدي إلى الاقعاد ، و الوصف بالظهور يدل على العدم مع الخفاء فضلاً عن العرج الذي لايبلغ الاقعاد ، بل الظاهر من الزمانة الغير الظاهرة ذلك ، هذا مع كون الخيار على خلاف الأصل والاحتياط ، و وقوع الخلاف في مطلق العرج فلنقتصر منه على هذا النوع منه وكونه نوعاً منه ، لأن العرج في الأصل هو الميل، وانما سمي به الآفة المعهودة لميل الرجل أو عضو

(١) الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

منها عن مكانه أو عن الاستقامة في المشي ونحوه، والميل يتحقق في الاقعاد ».

ولكن الجميع كما ترى ، فان الاستبعاد بعد مجيء الدليل المعتبر في غير محله ، كالاستناد إلى الأصل و العموم الذي يجب الخروج عنهما به ، والزمانة أمر آخر غير العرج ، و منها ما تكون خفية لايطلع عليها إلاّ النساء ، و لذا حكي عن الصدوق أنه جعل الزمانة غير العرج ، فأثبت الخيار بها دونه ، فليس النصوص حينئذ من باب الاطلاق و التقييد ، على أن وصفها بالظهور في الصحيح (١) لارادة الردّ بها من غير حاجة إلى شهادة النساء ، بخلاف الخفية فانها تجوز فيها شهادة النساء ، كما أوضحه الصحيح الآخر (٢) وجواب الشرط « أجيز شهادة النساء » و مفهومها عدم جواز شهادتهن في الظاهرة الّتي يمكن إطلاع الرجال عليها ، و في محكي المصباح « أن الزمانة مرض يدوم زماناً طويلاً » و في الصحاح « الزمانة آفة تكون في الحيوانات ، ورجل زمن أي مبتلى بيّن الزمانة » وليس في شيء مما عثرنا تفسيرها بخصوص الاقعاد ، بل لعل تقييدها بالظهور في صحيح أبي عبيدة وبأنه لايراها الرجال في صحيح داود يقضي بخلاف ذلك ، فالأقوى كون العرج مطلقا عيباً إلاّ أن لايكون بيّناً على وجه لايعد عيباً عرفاً ، ولعل هذا هو مراد من قيّده بالبيّن، لاوصوله إلى حد الاقعاد ، نعم قد يستفاد من فحواه ومن الزمانة كون الاقعاد أيضاً عيباً آخر أيضاً، والله العالم .

﴿ و قيل ﴾ بل في كشف اللثام أنه المشهور ، بل لم نعرف أحداً تردد فيه قبل المصنف ولابعده على ما اعترف به بعض الفضلاء : ﴿ الرتق أحد العيوب المسلطة على الفسخ ، وربما كان ﴾ ذلك ﴿ صواباً إن منع الوطء أصلاً لفوات الاستمتاع ﴾ حينئذ ﴿ إذا لم يمكن إزالته أو أمكن وامتنعت من علاجه ﴾ والفرض عدم وجوبه عليها للأصل والعسر و الحرج ، ولما في خبر أبي الصباح (٣) والحسن بن صالح (٤) مما

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٤-٣ .

هو كالتعليل للردّ بالعفل و القرن بعدم القدرة على الجماع ، بل الظاهر دخوله في العفل ، لأنه هو كون الفرج ملتحماً على وجه ليس للذكر مدخل فيه ، و من هنا حكم في التحرير على ما قيل بمرادفته له ، بل لعل الخبرين المزبورين قاضيان بالخيار فيه إذا لم يمكن الزوج الوطء ، وإن أمكن لغيره ممن هو صغير الآلة ، فما في المسالك ـ من نفي الخيار مع عدم بلوغ الارتتاق حد المنع من الوطء ولو لصغير الآلة ـ في غير محله ، لما عرفت من دخوله في العفل موضوعاً أو حكماً ، وكأنه تبع بذلك ما في جامع المقاصد من أنه « لاشبهة في أن الخيار إنما يثبت بالرتق إذا كان مانعاً من الوطء ، صرح بذلك المحققون ، و وجهه بقاء مقصود النكاح ، فلو ارتتق المحل و بقي منه ما يمكن معه الوطء فلا خيار وإن كان لصغر آلته ، بخلاف العدم » وهو ـ مع كونه مفروضاً في الزوج المتمكن لصغر آلته فيه أيضاً ـ أنه مناف لدخوله تحت العفل موضوعاً أو حكماً ، و قد عرفت أن الخيار به متى منع من الوطء أو كماله ، فمثله يأتي هنا حينئذ ، بل عن الغزالي من العامة إلحاق ضيّق المنفذ زائداً على المعتاد بحيث لايمكن وطؤها إلاّ بافضائها به ، ولا بأس به ، وعن بعضهم التفصيل بين احتمالها وطء نحيف الآلة وعدمه ، فلا فسخ في الأول دون الثاني ومرجعه إلى ماسمعته من المسالك ، وفيه ماعرفت ، وأوضح منه فساداً ما عن آخر منهم أيضاً من التفصيل في الرجل أيضاً بنحو ذلك ، أي بين من لاتسع حشفته امرأة أصلاً ومن تسع له بعض النساء ، إذ هو كما ترى .

ثمّ إن ظاهر قول المصنف « و امتنعت » إلى آخره عدم الخيار مع رضاها ، كما صرح به في المسالك ، وفيه منع خصوصاً على تقدير اندراجه في العفل .

وعلى كل حال ففي القواعد وغيرها أنه ليس للزوج إجبارها على علاجه، ولعله للحرج و انتفاء الضرر عنه بالخيار ، بل في المسالك لأن ذلك ليس حقاً له ، كما أنها لوأرادته لم يكن له منعها ، لأنه تداو لاتعلق له به، فتأمّل ، والله العالم .

﴿ و﴾ كيف كان ف ﴿ لا تردّ المرأة بعيب غير هذه السبعة ﴾ التي منها العمى ، فانه موجب للخيار أيضاً بلا خلاف صريح أجده فيه ، بل عن المرتضى وابن

زهرة الاجماع عليه ، و هو الحجة مضافاً إلى صحيح داود (١) السابق الذي بهما يخص الأصل و مفهوم حصر العيب في غيره (٢) كمفهوم العدد ، فما عساه يظهر من نسبة الخيار فيه إلى بعض الأصحاب في محكي المبسوط من المنع في غير محله ، لما سمعت ، بل هو كذلك و إن كانتا مفتوحتين بلا انضمام ولا نقط بياض و نحوه للاطلاق وإن كان قد يقال : إن أصل العمى يدل على الستر والتغطية .

نعم لا اعتبار بالعور لخروجه عن المتفاهم من العمى ، مع الأصل والاحتياط و صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام « في الرجل يتزوج الأمة إلى قوم فاذا امرأة عوراء ولم يبيّنوا له ، قال : لا تردّ » .

ثمّ لا يخفى عليك أن تعدادها سبعة مبني على جعل القرن و الرتق والعفل واحداً و الاقعاد والعرج كذلك ، والأمر سهل بعد وضوح الحكم .

إنما الكلام في الرد بغيرها كزنا المرأة ، قبل دخول الزوج بها الّذى أثبت الخيار به الصدوق، لقول علي عليه السلام (٤) « في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها يفرّق بينهما ولا صداق لها ، لأنّ الحدث كان من قبلها » بل مطلق الزنا من الرجل والمرأة قبل العقد و بعده الّذى أثبت به الخيار الاسكافي، للخبر السابق ، وللمرسل عنه عليه السلام (٥) أيضاً «أنه فرّق بين رجل وامرأة زنا قبل دخوله بها» ولخبر عبدالرحمان ابن أبي عبدالله (٦) عن الصادق عليه السلام « سألته عن رجل تزوّج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت زنت ، قال : إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوّجها ، ولها الصداق مما استحل من فرجها » و نحوه صحيح معاوية بن وهب (٧) و حسن

(١و٢) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦-٥ .

(٣) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ .

(٤و٥) الوسائل الباب -٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣ -٤ .

(٦) المقنع ص ١٠٩ ط طهران ١٣٧٧ .

(٧) أشار اليه في الوسائل في الباب -٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٤ وذكره في الكافي ج٥ ص٣٥٥ .

الحلبي (١) .

و كالحد بالزنا الّذى أثبت الخيار فيه للزوج أكثر القدماء على ما في المسالك، للجرح بالنفرة والعار ، وللخبر السابق (٢) .

و كوجدان الزوجة مستأجرة إجارة عين الّذى أثبت الخيار به المادروى من العامة ، بل قال : لايسقط برضا المستأجر بالتمتع بها نهاراً ، لأنه تبرع قد يرجع به .

إلاّ أن الجميع كما ترى بعد أن علمت منه عدم دوران الخيار على الضرر و نحوه مما يمكن جبره بالطلاق ، وإنما هو تعبد بالأدلة الخاصة ، وليس شيء مما سمعته كذلك ، لأنه بين غير صالح للحجة لضعف في السند و إعراض من المعظم ، و معارضة بما هو أقوى منه مما تقدم سابقاً حتّى في الحد ، كخبر رفاعة (٣) سأل الصادق عليه‌السلام « عن المحدود و المحدودة هل يردّ منه النّكاح ؟ قال : لا » و بين غير صريح في الدلاله على المطلوب .

و لذا حكي عن ابن إدريس القول بالرجوع على الوليّ العالم بحالها بالمهر مع عدم الفسخ ، لأن الأخبار إنما تدل على ذلك ، بل عن الشيخ في النهاية ذلك أيضاً ، إلاّ أنه أطلق الرجوع به عليه ، و إن كان قد يناقش بما في المختلف من أن الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج ، فان كان عيباً أوجب الفسخ و إلاّ لم يجب المهر ، بل لا يبعد إرادة الكناية عن الفسخ بالحكم بالرجوع بالمهر نحو غيرهما من عقود المعاوضة .

و على كلّ حال فالتحقيق عدم الرد بغير ما عرفت ، للأصل ولما عرفت من مفهومي الحصر والعدد ، بل في خبر البصري (٤) « ترد المرأة من العفل والبرص والجذام

(١ و٢) الوسائل الباب ـ٦ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ـ٣ .

(٣) الوسائل الباب ـ٥ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١٣ .

والجنون، وأما ماسوى ذلك فلا » وخصوص النصوص (١) في الزاني والزانية والمحدود والمحدودة التي قد تقدمت سابقاً ، والله العالم .

﴿المقصد الثاني في أحكام العيوب﴾

﴿وفيه مسائل﴾ :

﴿الاولى﴾

لا خلاف نصاً و فتوى في أن ﴿العيوب الحادثة بالمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، بل هو مورد النصوص (٢) التي هي مستفيضة أو متواترة ﴿و﴾ أما ﴿ما يتجدّد بعد العقد والوطء﴾ فالمشهور نقلاً وتحصيلاً أنه ﴿لا يفسخ به﴾ بل لا أجد فيه خلافاً بين العامة والخاصة إلا من ظاهر موضع من المبسوط وصريح آخره ، فخيره مطلقا ، و من أبي علي في خصوص الجنون ، ولا ريب في ضعفهما ، للأصل بل الأصول السالمة عن معارضة النصوص بعد ظهورها في غير الفرض كما ستسمع إنشاءالله تعالى ، بل ظاهر صحيح عبدالرحمان(٣) فيها التصريح باشتراط الخيار بعدم الوقوع عليها ، بناءً على ماذكرناه فيها سابقاً ، واقتصاره على الأول غير قادح بعد الاجماع بقسميه على عدم الفرق، كما أن ظاهر الشرط التدليس في صحيح أبي عبيدة (٤) السابق يقتضي اعتبار السبق أيضاً ﴿و﴾ بذلك مضافاً إلى الاجماع على الظاهر من عبارة المصنف يقيد إطلاق بعض النصوص (٥) إن كان .

---

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و الباب ٩ من أبواب المتعة .

(٢و٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث - ٠- ١ .

(٤) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢و٧و١١و١٣ .

نعم ﴿ في المتجدد بعد العقد و قبل الدخول تردّد ﴾ من إطلاق بعض (١) النصوص الردّ بها ، ومن أصالة اللزوم واشتراط التدليس في صحيح أبي عبيدة(٢) ولذا قال المنصف ﴿ أظهره أنه لايبيح الفسخ تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض ﴾ بل هو المشهور شهرة عظيمة كادت .تكون إجماعاً ، .بل لعلها كذلك في الأعصار المتأخرة على المخالف على وجه كان قوله من الشواذ المقطوع ببطلانها ، خصوصاً بعد ظهور أكثر النصوص في السابق ،كقوله في خبر عبدالرحمان (٣): « تزوّج امرأة فوجد بها قرناً » إلى آخره، و في خبر الحذاء (٤) «تزوج امرأة فوجد بها عيباً » وفي خبري الحسن بن صالح(٥) والكناني (٦) «تزوج امرأة فوجد بها قرناً » و في خبر غياث (٧) « تزوج امرأة فوجدها برصاء » بل هو صريح صحيح ابن مسلم (٨) « من تزوج امرأة فيها عيب دلسته ولم تبيّن» وخبر رفاعة (٩) « زوّجها وليها وهي برصاء» بل قد يقال فيما لم يكن في لفظه دلالة على السبق كقوله عليه‌السلام (١٠): « يرد النكاح من البرص » إلى آخره : إن الغالب في أمثال هذه العاهات طول المدة و تقادم العهد ، على أن في بعضها اشتراط التدليس ، كقوله في صحيح الحذاء : « إذا دلّست العفلاء » إلى آخره و قد سمعت صحيح ابن مسلم ، فيقيّد حينئذ الاطلاق به ، و مع قطع النظر عن النصوص أجمع فلا ريب في استصحاب اللزوم الّذي هو مقتضى الأصل في العقود، والضرر منجبر بإمكان الطلاق منه ، فما عن الخلاف والمبسوط وظاهر أبي علي من ثبوت الخيار بذلك واضح الضعف بعد الاحاطة بما ذكرنا ، والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب ـ١ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢و٧و١١و١٣ .

(٢و٣) الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ .

(٥و٦و٧) الوسائل الباب ـ١ ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ـ٤ـ١٤ .

(٨و٩و١٠) الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٧ـ٢ـ٥ .

المسألة ﴿ الثانية ﴾

﴿ خيار الفسخ على الفور ﴾ بلاخلاف أجده فيه ، بل حكى غير واحد الاتفاق عليه ، اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن ، وتحرزاً من الضرر اللازم بالتأخير والعمدة الاجماع ، ولولاه لأمكنت المناقشة بما سمعته غير مرة .

وحينئذ ﴿ فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد ﴾ وإن لم يكن ذلك منهما عن رضي باللزوم ، ﴿ وكذا الخيار مع التدليس ﴾ بالعيب أو غيره مما ستعرف ، ضرورة كون الفورية فيه قيدية ، فيسقط الخيار بفواتها ، لا أنها أمر آخر على حسب التكاليف الفورية التي من الواضح الفرق بينهما ، نعم قد عرفت فيما تقدم أن الجهل بالخيار بل و الفورية عذر ، لا طلاق ما دل على الخيار المقتصر في تقييده على محل الاجماع الذي غير المفروض ، بل قد يقوى ثبوته أيضاً لو أكره على عدم الخيار بالقبض على فيه أو بالتهديد لذلك ، كما صرح به في جامع المقاصد ، بل في المسالك « أن العيب إن كان ظاهراً لا نزاع فيه بينهما ، فالفورية معتبرة في الفسخ ، وإن توقف ثبوته على المرافعة إلى الحاكم فالفورية في المرافعة إلى الحاكم ، فاذا ثبت اختار الفسخ فوراً » و في التحرير : « أطلق أن الفورى هو المرافعة إلى الحاكم وإن كانا متفقين على العيب ، وكذلك عن الشيخ ، وهو حسن حيث يتوقف الأمر على الحاكم » .

قلت : ستعرف عدم التوقف على الحاكم في جميع أفراد الفسخ ، وإنما يتوقف عليه ضرب الأجل في خصوص العنين ، فاذا مضى لم تحتج الامرأة في الفسخ إليه ، ومع فرض النزاع بينهما في ثبوت العيب المسلط على الخيار و عدمه قد يقال : إن الفورية في الفسخ أيضاً و إن كان لايترتب عليه أثره ظاهراً إلا بعد إثبات مقتضى الفسخ ، بل قد يقال : إن تأخيره إلى المرافعة مناف لفوريته التي قد عرفت كونها قيداً ، ضرورة تعليق الخيار على وجود العيب لاعلى إثباته عند الحاكم ، فمع معلومية

حصوله عنده كان خياره فورياً ، لكن لا يمضى ذلك على الخصم مع إنكاره إلاّ بعد إثبات مقتضى الخيار ، لا أن الفسخ نفسه موقوف على حكم الحاكم ، و كذا لوفرض النزاع في أصل كون ذلك عيباً مالم يرجع إلى الجهل بالخيار به و لو للجهل بموجبه، على أن الفورية في المرافعة لا دليل عليها ، خصوصاً مع كون المراد أنه مع عدم الفور فيها يسقط الخيار ، فالأقوى حينئذ بقاء معقد الاجماع ، و هو فورية الفسخ على حاله في جميع ذلك ، و منه يعلم ما في كشف اللثام أيضاً «إن توقف الفسخ على حكم الحاكم فالفورية بمعنى فورية المرافعة إليه ، ثمّ طلبه منه بعد الثبوت» إن كان مراده ما سمعته من المسالك ، و إلا فليس في أفراد الفسخ ما يتوقف على حكم الحاكم على وجه يراد منه حتّى يطالب به ، و كذا الكلام فيما تسمعه إن شاء الله من المبسوط ، فتأمّل جيداً .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾

﴿ الفسخ بالعيب ليس بطلاق ﴾ قطعاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه و حينئذ ﴿ فلا يطّرد معه تنصيف المهر، ولا يعدّ في الثلاث ﴾ ولا غير ذلك من أحكام الطلاق كما لا يشترط فيه شيء من شرائطه بلا خلاف ولا إشكال ، و ثبوت النصف في العنين للدليل ، ولذا قال المصنف : لا يطّرد .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾

﴿ يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم، و كذا للمرأة ﴾ لاطلاق الأدلة ﴿ نعم مع ثبوت العنن يفتقر إلى الحاكم لضرب الأجل ﴾ كما ستعرف ﴿ ولها التفرد بالفسخ عند انقضائه وتعذر الوطء ﴾ كما هو مقتضى الأدلّة المثبتة للخيار لذي الخيار السالمة عن معارضة ما يدل على اعتبار حضور الحاكم أو إذنه فضلاً عن مباشرته نفسه

الفسخ ، ومن هنا أفتى الأصحاب في الحكم المزبور من غير إشكال فيه ولاتردد ، نعم عن ابن الجنيد منهم إذا أريدت الفرقة لم يكن إلاّ عند من يجوز حكمه من والي المسلمين أو خليفته أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلاد هدنة أو سلطان متغلب ، وكأنه مذاق العامة كما حكاه في جامع المقاصد عن بعض العامة وابن الجنيد منّا .

بل يومىء إليه ما عن موضع من المبسوط « لسنا نريد بالفور أن له الفسخ بنفسه ، و إنما نريد أن المطالبة بالفسخ على الفور ، يأتي إلى الحاكم على الفور ، ويطلب الفسخ ، فان كان العيب متفقاً عليه فسخ الحاكم ، و إن اختلفا فيه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، فأما الفسخ فالى الحاكم، لأنه فسخ مختلف فيه - ثمّ قال-:ولو قلنا على مذهبنا أن له الفسخ بنفسه كان قوياً ، والأوّل أحوط، لقطع الخصومة» و ظاهره أن الأول جار على مقتضي أصول العامة أو إذا كان المراد قطع الخصومة بتسجيل الحاكم فيما هو مختلف فيه ، وكذا ما عنه في موضع آخر « لا يجوز أن يفسخ بغير حاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه » خصوصاً مع ملاحظة تعليله ، ولذا حكى عنه في موضع ثالث الجزم بأن للامرأة الاستقلال بالفسخ محتجاً باطلاق الأخبار ، وعلى كلّ حال فالوجه ماعرفت ، فان كان هو المراد لهم فمرحباً بالوفاق ، وإلاّ كان منافياً لاطلاق الأدلة كما سمعت ، و الله العالم .

المسألة « الخامسة »

« إذا اختلفا في العيب » فان كان جلياً كالعمى والجنون و نحوهما مما لم يحتج إلى إقامة بينة وإلى يمين نظر الحاكم فيه ، وحكم بمقتضى ما ظهر له ، وإن كان خفياً « فالقول قول منكره مع عدم البيّنة » كغيره من الدعاوي الّتي لا يخفى عليك جريان حكمها من ردّ اليمين والنكول ونحوهما في المقام الّذي هو أحد أفرادها ، والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة ﴾

﴿ إذا فسخ الزوج ﴾ أو الزوجة ﴿ بأحد العيوب ﴾ السابقة ﴿ ف ﴾ لايخلو إما أن يكون قبل الدخول أو بعده ، حيث يجوز للجهل بالحال ، و على التقديرين إما أن يكون العيب متقدماً على العقد أو متأخراً عنه ، قبل الدخول أو بعده بناءً على تحقق الخيار بذلك ، والفاسخ إما الزوج أو الزوجة ، وعلى كلّ تقدير إما أن يكون هناك مدلّس أم لا ، فالصور أربعة وعشرون صورة .

و خلاصة الحكم فيها في فسخ الزوج أنه ﴿ إن كان قبل الدخول فلا مهر ﴾ بلا خلاف ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى قول الباقر عليه السلام في صحيح أبي عبيدة (١) : « و إن لم يكن دخل بها فلا عدة لها ، ولا مهر لها » و الصادق عليه السّلام في خبر أبي الصباح (٢) « يردها على أهلها صاغرة، ولا مهر لها » و قول علي عليه السّلام في خبر غياث (٣) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام « في رجل تزوّج امرأة فوجدها برصاء أو جذماء : إن كان لم يدخل بها ولم يبيّن له فان شاء طلقها ، وإن شاء أمسك ، ولاصداق لها ، وإذا دخل بها فهي امرأته » المراد من الطلاق فيه الفراق قطعاً ، ضرورة عدم اشتراط الطلاق المخصوص بالشرط المزبور ، إلى غير ذلك من النصوص الدالّة عليه منطوقاً ومفهوماً ، ولأنه وإن كان الفسخ منه لكنه لعيب فيها ، فهو سبب منها ، بل الأصل في الفسخ اقتضاؤه ردّ كلّ عوض إلى مالكه .

﴿ و إن كان بعده فلها المسمى ﴾ بما استحل من فرجها و ﴿ ل ﴾ ظهور النص (٤) والفتوى في ﴿ أنه يثبت بالوطء ثبوتاً مستقراً ، فلايسقط بالفسخ ﴾ الّذي قلنا : إن مقتضاه لولا ذلك ردّ كل عوض إلى مالكه ، على أن أحد العوضين هنا وطء البضع ولو مرة ، و الفرض أنه قد استوفاه ، ولا يمكن إرجاعه ، فالفسخ حينئذ

---

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢و٣) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٤-١٤ .

(٤) الوسائل الباب -٥٤- من أبواب المهور

ليس إلاّ لازالة قيد النكاح هنا حال الفسخ، وليس هو إبطالاً له من أصله، ودعوى إمكان ردّ الوطء بغرم مهر المثل الذي هو قيمة له تحتاج إلى دليل، وليس بل الدليل على خلافها متحقق، كما عرفت. مضافاً إلى خبر الحسن بن صالح (١) وغيره المصرح فيه بذلك ﴿و﴾ بها يخرج عن ذلك لو سلم اقتضاء الفسخ الرجوع إلى مهر المثل، نعم صرح في النصوص (٢) المزبورة بأن ﴿له الرجوع به على المدلّس﴾ متحداً كان أو متعدداً، وليّاً شرعيّاً كان أو غيره، كما ستعرف تحقيق الحال فيه في فصل التدليس، و قد أفتى به الأصحاب من غير خلاف يعرف فيه بينهم، لذلك و لقاعدة الغرور، فما عساه يقال أو قيل - من إشكاله بأنه إن كان حقاً ثابتاً لها بالدخول فلا رجوع على المدلّس - مدفوع بما عرفت.

نعم على الزوج البيّنة لو أنكر الولي مثلاً علمه بالعيب و أمكن في حقّه، فان فقدها فله عليه اليمين، فاذا حلف رجع الزّوج إلى المرأة، لأنّها الغارّة حيث لم يعلم الوليّ بذلك، فاذا ادّعت اعلامه حلف أيضاً إن لم يكن لها بيّنة، ولا تكفي اليمين الاُولى، لأنها لمدع آخر، فان نكل أو ردّ اليمين حلفت، وثبت الرجوع لها بحسب هذه الدعوى، و يحتمل أن لا تحلف، لاستلزامه إبطال الحكم بعدم الرجوع بالحكم بالرجوع، وأن يبنى على اليمين المردودة كالاقرار، فتحلف لسماع إقرار المنكر بعد الانكار والحلف أو كالبيّنة، فلا تحلف لعدم سماع البينة بعد حلف المنكر. و لعل الأولى من ذلك القول بأن لها الرجوع لا له كي يتأتي الخلاف.

و على كل حال فان لم يكن مدلّساً حتّى هي بأن لم تعلم المرأة ما بها من العيب لخفائه أو لجهلها بكونه عيباً فلا رجوع له بشيء حينئذ، بلا خلاف أجده فيه، بل هو ظاهر النصوص (٣) المعللة باستحقاقها المهر باستحلاله فرجها، بل هو مقتضى

---

(١) الوسائل الباب -٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب و التدليس .

(٣) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ و٥ والباب -٣- منها الحديث ٣ .

مادل على استقرار المهر بالوطء ، فيدفع حينئذ لها تمام المسمى لما عرفت .

نعم لو كانت هي المدلّسة رجع عليها التدليس ، و في خبر رفاعة (١) عن أمير المؤمنين عليه السلام « لو أن رجلاً تزوج امرأة أو زوّجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء ، وكان المهر يأخذه منها » و في صحيح الحلبي (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل ولّته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جارة له لا يعرف دخيلة أمرها ، فوجدها قد دلّست عيباً هو بها ، قال : يؤخذ المهر منها ، ولا يكون على الذي زوّجها شيء » بل ذلك مقتضى غيرهما أيضاً .

كما أن مقتضى الجميع عدم استثناء شيء من المهر لها إذا رجع عليها ، لكن في القواعد : « رجع عليها إلاّ بما يمكن أن يكون مهراً » وهو أقل مايتموّل لئلا يخلو البضع عن العوض ، وعن أبي علي إلاّ بمهر مثلها ، فانه العوض للبضع إذا وطأ لا عن زنا ، ويمكن القول برجوعه أجمع من حيث التدليس ، لاطلاق الأدلة ، وعدم خلو البضع عن العوض حتّى في مثل الفرض الّتي كانت هي السبب في ذلك ممنوع و بذلك ظهر لك أنه لا وجه لما عن التحرير من الرجوع على الوليّ المحرم مع التغرير وبدونه ، للتفريط بترك الاستعلام .

كما ظهر لك أنه لا فرق في ثبوت الأحكام المزبورة بين كون العيب الّذي فسخ به حادثاً قبل العقد و بعده ، بناءً على الخيار به ، لكن في محكي المبسوط « إن كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى ، لأن الفسخ انما يستند إلى العيب الطارىء بعد استقراره ، وإن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل ، لأن الفسخ و إن كان في الحال إلاّ أنه مستند إلى حال حدوث العيب ، فيصير كأنه وقع مفسوخاً حين حدوث العيب ، بل فيصير كأنه وقع فاسداً ، فيلحقه أحكام الفاسد إن كان قبل الدخول ، فلا مهر ولا نفقة ، و إن كان بعده فلا نفقة

(١ و٢) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢-٤ وفي الثاني « أوجارلها .... » .

للعدة ، ويجب مهر المثل » .

ولا يخفى عليك ضعفه ، إذ فيه ـ مع منافاته لما سمعته ـ أن النكاح وقع صحيحاً ، والفسخ وإن كان بسبب العيب السابق لايبطله من أصله بل من حين الفسخ ، ولا يزيل الأحكام التي سبقت عليه ، خصوصاً إذا كان العيب حادثاً بعد العقد ، فان دليله لايجيء عليه ، ولم أجد أحداً وافقه عليه من أصحابنا ، نعم في شرح الارشاد لبعض العامة ذلك على وجه يظهر كونه مفروغاً منه عندهم ، وربما توافقه قاعدة الفسخ في الجملة التي أشرنا إليها سابقاً ، لكن هي هنا من الاجتهاد في مقابلة النصوص التي سمعتها ، والله العالم .

﴿ و كذا ﴾ الحكم ﴿ لو فسخت الزوجة قبل الدخول ﴾ بل هي أولى من الزوج بذلك باعتبار كون الفسخ من قبلها ﴿ فلا مهر ﴾ لها حينئذ بلا خلاف ولا إشكال نصاً (١) وفتوى ﴿ إلا في العنن ﴾ للدليل عليه بخصوصه ، كما تعرفه .

﴿ و لو كان بعده كان لها المسمى ﴾ الذي استقر بالوطء وبما استحل من فرجها بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل حكي بعضهم الاجماع عليه ، فالفسخ لو سلم اقتضاؤه الرجوع إلى مهر المثل نحو الاقالة والخيار في البيع مع تلف أحد العوضين يجب الخروج عنه بذلك كما عرفته في الزوج ، و لعل تفصيل الشيخ في العيب بين المتجدد بعد الوطء والسابق يأتي هنا بناء على فسخها بالمتجدد ، فيكون له المسمى به ، ومهر المثل بالسابق ، بل لعل إطلاق كلام الشيخ كذلك وإن حكي بعضهم الاجماع هنا غير مشير إلى خلافه .

﴿ و كذا لو كان ﴾ الفسخ ﴿ بالخصاء بعد الدخول فـ ﴾ ـانه ﴿ لها ﴾ أيضاً ﴿ المهر كملاً إن حصل الوطء ﴾ إذ هو مع اندراجه في الأدلة المزبورة دلت عليه المعتبرة المتقدمة (٢) خلافاً للمحكي عن الصدوقين فالنصف . و لعله لما عن الفقه

(١) الوسائل الباب -١١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث - - .

المنسوب إلى الرضا عليه السلام (١) وإن تزوجها خصي وقد دلّس نفسه لها وهي لاتعلم فرّق بينهما ، و يوجع ظهره كما دلّس نفسه ، و عليه نصف الصداق ، ولا عدة عليها منه » و ربما جمع بينه و بين غيره بحمل ما عداه على صورة الدخول و حمله على ما قبل الدخول للصحيح المروى عن قرب الاسناد (٢) عن « خصي دلّس نفسه لامرأة ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره ، ويفرّق بينهما ، وعليه المهر كملاً إن دخل بها ، و إن لم يدخل بها فعليه نصف المهر» .

و فيه ـ مع عدم ثبوت نسبة الكتاب المزبور إليه عليه السلام عندنا ـ أنه مخالف للقولين معاً ، إذهما بين مثبت للنصف مطلقا و الجمع بالدخول ، و من هنا كان المتّجه مساواة الخصاء لغيره في الحكم الّذي ذكرناه ، وهو لامهر مع عدم الدخول والكلّ معه .

نعم ظاهر بعض وصريح آخر إلحاق الخلوة بالدخول في وجوب الكل ، وهو بحث آخر يأتي في محله ، أللّهمّ إلاّ أن يقال : إنا وإن لم نقل بكون الخلوة كالدخول في ذلك مطلقا لكنها كذلك في المقام لظهور النص والفتوى ، وفيه منع ، ضرورة ظهور لفظ « الدخول » في المتن وغيره في الوطء ، بل كاد يكون صريح قرب الاسناد (٣) وبه يقيد خبر سماعة (٤) كما أنه يعلم المراد من الدخول عليها في صحيح ابن مسكان (٥) المتقدمين آنفاً ، و احتمال العكس يدفعه رجحان الأوّل بانسياقه وغيره عليه، والله العالم . وعلى كل حال فقد ظهر لك الكلام في جميع صور المسألة .

كما أنه ظهر لك أيضاً عدم سقوط الخيار في الزوج و الزوجة بالدخول قبل العلم بالعيب السابق الّذي لم أجد فيه خلافاً ، بل يمكن تحصيل الاجماع ، للأصل

---

(١) المستدرك الباب -١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب -١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥ .

(٣ و٤و٥) الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٥-٢-٣

و صحيح أبي عبيدة (١) وخبري الحسن بن صالح (٢) والكناني (٣) المتقدمة سابقاً وغيرها، نعم في الأخيرين منها « إن علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضي بها» وعليه حينئذ ينزل إطلاق مادل (٤) على سقوط الخيار بالدخول ، كما أن منه يعلم الحال في الزوجة بالنسبة إلى سقوط خيارها بعد العلم و الرضا بموافقته ، إذ الظاهر عدم الفرق بينهما في ذلك .

و كذا منها يستفاد عدم الخيار فيهما أيضاً مع العلم بالعيب قبل العقد الذي لم أجد فيه خلافاً بيننا أيضاً، لذلك و للأصل ، و اشتراطه بالتدليس في صحيح أبي عبيدة (٥) و صحيح ابن مسلم (٦) بل مورد أكثر النصوص الجاهل فما عن الشافعي ـ من ثبوته للعالم لاطلاق بعض النصوص المراد منه حال الجهل قطعاً و لو بقرينة ما عرفت ـ واضح الفساد .

إنما الكلام في المراد من قوله عليه السلام : « فقد رضي» هل هو السقوط بذلك تعبداً بمعنى أن هذا الفعل يكون منه بحكم الرضا بالنسبة إلى اللزوم مطلقا أو ما لم يعلم منه عدم كون ذلك منه عن رضا بالفعل سقط الخيار أيضاً أو أن السقوط به من حيث دلالته على الرضا ، فلا يسقط الخيار مع فرض عدمها بقرينة ونحوها ، بل له حينئذ التصريح ببقاء خيار العيب على مقتضاه مع العقد أو الوطء مالم يناف الفورية لجهل بها وغيره ، وليس هو من اشتراط الخيار في النكاح ، وعلى التقديرين الأولين فهل يقتصر في ذلك على الوطء أو يلحق به كل فعل يقع منه على مقتضى الزوجية ، كاللمس والتقبيل و التفخيذ ونحو ذلك ؟ وجهان : أقواهما الثاني ، كما أنه الأقوى في الثلاثة السابقة فتأمل جيداً ، فاني لم أجد ذلك محرراً في كلامهم ، و قد تقدم

---

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢ و٣) الوسائل الباب -٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣-٤ .

(٤) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١٣ و الباب -٣- منها الحديث ٢ .

(٥و٦) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١-٧.

لنا في البيع عند البحث عن سقوط الخيار بالتصرف ما يشبه هذا الكلام ، فلاحظ و تأمّل .

و لو رضي ببرص مثلاً ثم اتسع بعده في ذلك العضو ففي الخيار وعدمه وجهان أقواهما العدم ، كما عن التحرير و الجامع ، لأن الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه ، ولأنه عيب واحد وقد حصل الرضا به ، خلافاً للفاضل في القواعد فله الخيار ، لأنها عيب لم يحصل الرضا به ، نعم لو حصل البرص في غير ذلك العضو اتّجه ثبوت الخيار فيه ، لظهور المغايرة حينئذ مع أن المحكي عن المبسوط التوقف منه ، لأن اتفاق الجنس يوجب الرضا بفرد منه الرضا بغيره ، أما مع اختلاف الجنس فلا إشكال في ثبوت الخيار ، والله العالم .

المسألة ﴿ السابعة ﴾

العيب جلي أو خفي ، فالجلي قطع المنازعة فيه سهل ، و أما الخفي فلا شك في وجوب البيّنة على مدعيه ، كما أن على نافيه اليمين ، بل يعتبر في الشاهدين مع العدالة العلم بذلك العيب ، ككونهما طبيبين عارفين يقطعان بوجوده إن كان مما يمكن علم الغير به كالبرص والجذام الخفيين ، وإن كان لا يعلمه غالباً إلا صاحبه كالعنن لم تسمع البيّنة .

ولذا ذكر غير واحد من الأصحاب بل لم أجد فيه خلافاً منهم أنه ﴿ لا يثبت العنن إلا بإقرار الزوج أو البيّنة باقراره ﴾ أو اليمين المردودة ﴿ أو نكوله ﴾ بناءً على القضاء به وإن لم يرد اليمين .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو لم يكن ذلك و ادّعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه ﴾ لأن الأصل السلامة أو لأنه يترك لو ترك ، ولما تسمعه من الصحيح (١)

(١) الوسائل الباب ـ ١٥ ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

الآتي، ولا تسمع منها البيّنة على العنن نفسه ، لكونه لايعلم إلاّ من قبله ، ضرورة كونه أعم من العجز عن وطء امرأة بخصوصها ، بل أشكل في المسالك ثبوته باليمين المردودة بناءً على أنها كالبيّنة بكونها حينئذ كالبيّنة منها، والفرض عدم سماعها منه فكذا ما قام قيامها ، وإنما تسمع البيّنة باقراره و هي لم تدع إقراره بذلك كي ينزّل يمينها المردودة منزلته ، و انما ادعت العيب فينزل يمينها منزلة البيّنة عليه ، وإن كان قد يدفع بأن المراد كونها بحكم البيّنة المسموعة في إثبات الحق ، لا أن المراد بحكم البيّنة حينئذ في السماع و عدمه ، نعم قد يشكل أصل الحكم بأن قبول يمينها يقتضي إمكان اطلاع الغير عليه لامن جهة الاقرار ، فيتّجه سماع البيّنة عليه .

أللّهمّ إلاّ أن يفرّق بين الزوجة وغيرها بامكان اطلاعها عليه بدور الأيام وتكرر الأحوال و تعاضد القرائن بخلاف غيرها ، و هو كما ترى ، ضرورة إمكان تعاضد القرائن للغير أيضاً خصوصاً مع الاختبار مع ذلك بالعلامات المذكورة عند الأطباء ، ﴿ و ﴾ وردت بها بعض النصوص (١) .

بل ﴿ قيل ﴾ و القائل ابنا بابويه و ابن حمزة : إنه ﴿ يقام في الماء البارد فان تقلّص ﴾ أي تشنّج ﴿ حكم بقوله ، و إن بقي مسترخياً حكم لها ﴾ بل عن الفقيه روايته (٢) عن الصادق عليه السلام وفقه الرضا عليه السلام (٣) و ظاهرهم الحكم بها وإن لم تفد القطع بذلك ﴿ و ﴾ إن كان هذا القول ﴿ ليس بشيء ﴾ عند المتأخرين ، لعدم الوثوق بالانضباط ، وعدم الوقوف على مستند صالح لارسال الخبر ، نعم هوقول الأطباء ، و كلامهم يثمر الظن الغالب بالصحة إلاّ أنه ليس طريقاً شرعياً ، لكن الغرض أن هذه الامارة المعروفة عند الأطباء و وردت بها الرواية إذا انضمت أيضاً إلى ما في المرسل (٤) من « أنه يطعم السمك الطري ثلاثة أيام ثمّ يقال له : بل على

(١و٢) الوسائل الباب -١٥- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .
(٣) المستدرك الباب -١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .
(٤) الوسائل الباب -١٥- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٥ .

الرماد ، فان ثقب بوله الرماد فليس بعنين ، و إن لم يثقب بوله الرماد فهو عنين » بل ظاهر الفقيه العمل به أيضاً لروايته له فيه ، و إلى غير ذلك من القرائن ، و الأمارات قد تفيد القطع كما استفادته الزوجة حتّى قبل منها اليمين ، مع أن العجز عنها لايقتضي العنن ، فدعوى إمكانه منها دون غيرها ـ على وجه تردّ البيّنة العادلة لو شهدت به لعدم إمكان العلم لها فهى حينئذ مشتبهة في الظن بالقطع ـ كما ترى .

ولعله لذا قبل بعض العامة البيّنة عليه، وهوقوي جدّاً، بل هوالوجه فيماسمعته من الخبرين السابقين على معنى إمكان حصول القطع بما فيهما بعد فرض غيرهما من الأمارات، بل لعل ذلك مراد بني بابويه وحمزة ، لا أن المراد الحكم بذلك وإن لم يحصل القطع منهما ، فلا خلاف حينئذ في المسألة ، والله العالم .

﴿ و﴾ كيف كان فـ﴿لو ثبت العنن﴾ باقراره وغيره ورفعت أمرها إلى الحاكم و أجّله سنة على ماستعرف ﴿ ثمّ ادّعى الوطء فالقول قوله﴾ أيضاً ﴿ مع يمينه ﴾ على الأشهر ، كدعوى عدم العنن أصلاً ، لأنه لايعلم أيضاً إلاّ من قبله ، ويتعذر أو يتعسر إقامة البيّنة عليه فيقبل قوله، كدعوى الامرأة انقضاء العدة بالأقراء، ولعدم ثبوت العنن قبل مضى سنة التأجيل ، و إنما الثابت قبلها العجز الّذي يمكن معه العنّة وعدمها ، و لذا أجّل سنة لتنظر أيقدر على الوطء أم لا ؟ فان قدر فلا عنّة وإلاّ ثبت ، فيرجع حينئذ دعواه إلى إنكارها ، كالأول الّذى قدعرفت عدم الخلاف والاشكال في ثبوت قوله فيه ، و استصحاب العجز الثابت سابقاً لايصلح لاثبات العنن بناءً على اعتبار العجز سنة فيه ، ضرورة عدم كون ذلك مما يثبت بالاستصحاب ، بل هوبالنسبة إليه من الاُصول المثبتة الّتي ليست بحجة ، ولأنه ـ بموافقته لأصالة اللزوم ، ويترك لوترك ـ يكون منكراً، فيقبل قوله حينئذ بيمينه، ولاطلاق صحيح أبي حمزة (١) « سمعت أباجعفر عليه‌السلام يقول : إذا تزوج الرجل المرأة الثيب الّتي قد تزوجت غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها، فان القول في ذلك قول الرجل،

---

(١) الوسائل الباب -١٥- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١.

و عليه أن يحلف بأنه لقد جامعها ، لأنها المدعية ، قال : فان تزوجها و هي بكر فزعمت أنه لم يصل إليها ، فان مثل هذا يعرفه النساء ، فلينظر إليها من يوثق به منهن ، فاذا ذكرت أنها عذراء فعلي الامام أن يؤجّله سنة ، فان وصل إليها وإلاّ فرّق بينهما ، و أعطيت نصف المهر ، و لا عدة عليها » و في المحكي عن فقه الرضا عليه السلام (١) « و إذا ادّعت أنه لا يجامعها عنيناً أو غيرعنين ، فيقول الرجل : إني قد جامعتها فعليه اليمين و عليها البيّنة ، لأنها المدعية » .

أما ما في المسالك ــ من إشكال الاستدلال بالصحيح بأن محل البحث ما إذا ثبت عنه و مورد الرواية دعواها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك ، وقبول قوله هنا واضح ، كما مر في المسألة الأولى ، لأنها المدعية وهو المنكر ، لموافقة قوله أصل السلامة بخلاف موضع النزاع ، لتحقق العيب ، فهو فيه المدعى ، لزوال ما كان قد ثبت ــ يدفعه ظهور الصحيح في أن مورد الخلاف بينهما في الوطء وعدمه الشامل باطلاقه محل النزاع ، وقد جعلها المدعية فيه مع موافقة قولها لأصالة عدم وطئها ومخالفة قوله لذلك ، وماهو إلاّ لأنها تريد بذلك إثبات التسلط على الفسخ الشامل للصورتين .

و لعله لذلك ﴿ و ﴾ غيره مما سمعته لم أجد أحداً قال بتقديم قولها عليه بيمينها . نعم ﴿ قيل ﴾ والقائل الصدوق في المقنع و الشيخ في الخلاف و جماعة : ﴿ إن ادّعى الوطء قبلاً وكانت بكراً نظر إليها النساء ، و إن كانت ثيّباً حشي قبلها خلوقاً فان ظهر على العضو صدّق ﴾ بل عن الخلاف دعوى إجماع الفرقة وأخبارها عليه ، ولعلها للصحيح (٢) المزبور في البكر ولخبر عبدالله بن الفضل (٣) عن بعض مشيخته قالت امرأة لأبيعبدالله عليه السلام أو سأله رجل « عن رجل تدّعيعليه امرأته أنه عنين و ينكر الرجل ، قال : تحشوها القابلة بالخلوق ولم يعلم الرّجل ،

---

(١) المستدرك الباب ــ١٤ــ منأبواب مقدمات النكاح الحديث١.

(٢ و٣) الوسائل الباب -١٥- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ ــ ٢ .

ويدخل عليها الرجل، فان خرج وعلى ذكره الخلوق صدق وكذبت، وإلا صدقت وكذب» وخبر غياث بن إبراهيم(١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ادعت امرأة على زوجها على عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنه لايجامعها، وادعى أنه يجامعها، فأمرها أمير المؤمنين عليه السلام أن تستذفر بالزعفران ثم يغسل ذكره، فان خرج الماء أصفر صدقه، و إلا أمره بطلاقها » لكنه كما ترى ليست في العنن بعد ثبوته ، بل العبارة المحكية عن الخلاف كذلك أيضاً ، فينبغي أن يجعل قولاً في المسألة السابقة ، مضافاً إلى القول بوضعه في الماء ، أللهم إلا أن يقال بعد فرض اعتبار ذلك شرعاً : لافرق فيه بين الحالين ، نعم ينبغي الاطمئنان بعدم احتيال الزوج في وضع الخلوق ، كأن يكون غير عالم أو يشد يداه كما أومأ إليه في الخبر (٢).

وينبغي أن يكون محل ذلك النزاع في الوطء فعلاً وعدمه ، إلا أن المصنف وغيره أطلق تقديم قوله بيمينه في الصورتين على كل حال ، من غير فرق بين البكر و الثيب ، بل قال بعد حكايته القول المذكور : ﴿ وهو شاذ ﴾ ولعله لما عرفت من أنه منكر بالتقرير الذي سمعته ، ولفقد شرائط الحجية في الخبرين ، ولأن عدم الوطء في القبل على تقدير ثبوت البكارة لايستلزم العنن، لامكان وطئه غيرها ، و كذا الكلام في ذات الخلوق ، و ثبوت كذبه فيما ادعاه لايثبت العنن ، و من هنا لم يأمرها عليه السلام بالفسخ عنه ، بل أمره بطلاقها .

لكن قد يناقش بصحة الخبر المشتمل على البكر ، و دعوى الشيخ الاجماع على مضمون الخبرين السابقين ، فلا يبعد القول بهما بعد ثبوت العنن و لو باقراره ودعواه ارتفاعه بالسبب الخاص الذي يمكن تبين صدقه من كذبه فيه بالطريق المزبور فيختبر حينئذ و يحكم به .

بل قد يقال : بصحة الاختبار المزبور قبل ثبوت العنن أيضاً في إثباته ، ثم يحكم بالأجل له بناء على الاكتفاء فيه بالعجز عن خصوص المدعية ، مع عدم العلم بامكانه وطء غيرها ، فمع فرض تبين كذبه في دعواه وطءها يضرب له الأجل

(١و٢) الوسائل الباب -١٥- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣-٢ .

﴿ و ﴾ يختبر فيها حينئذ بالطريق المزبور مع فرض دعواه عدم العنن بوطئها فعلاً .

نعم ﴿ لو ادّعى أنه وطأ غيرها أو وطأها دبراً كان القول ﴾ حينئذ ﴿ قوله مع يمينه و ﴾ يحكم له ، كما أنه ﴿ يحكم عليه إن نكل ، وقيل : بل يردّ اليمين عليها ، و هو ﴾ أي الحكم المردود في المسألة ﴿ مبني على القضاء بالنكول ﴾ أو باليمين من المدعي ، وسيأتي إنشاء الله تحريره في كتاب القضاء ، نعم قيل : إنه على تقدير توقف القضاء على اليمين بردّه أو مع نكوله إنما يتم لوكان النزاع في وطئها دبراً مثلاً ، لامكان حلفها حينئذ ، أما لوكانت وطأ غيرها لم يمكنها الحلف على عدمه مطلقا لأنه حلف على نفي فعل الغير على وجه لا ينحصر ، و فيه أنه يمكن فرضها العلم بكذبه بحصر دعواه الوطء في وقت مخصوص مثلاً وكان في ذلك الوقت حاضراً معها ، أو بغير ذلك .

هذا وقد يقال أيضاً بالاختبار بالطريق المزبور أيضاً مع فرض إمكانه وكون الدعوى على وجه يتميز صدقها وكذبها به ، وعدم ذكره نصاً وفتوى لتعسر إمكانه غالباً في غير المدعية .

و بالجملة يكون المحصل من النصوص أجمع أنه إن أمكن معرفة صحة الدعوى و فسادها بطريق من الطرق على وجه يحصل العلم بذلك فعل ، و إلاّ كان المرجع إلى قاعدة المدعي والمنكر ، وأنها هي المدعية و هو المنكر كما عرفت ، والله العالم .

المسألة ﴿ الثامنة : ﴾

﴿ إذا ثبت العنن ﴾ بأحد الوجوه السابقة ﴿ فان صبرت ﴾ عالمة بالموضوع والحكم راضية ﴿ فلا كلام ﴾ كما لاخلاف في عدم الخيار لها بعد ذلك إذا أرادته ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ، و لأنه حق متحد يسقط بالاسقاط ، و للمرسل في الفقيه (١) «متى أقامت المرأة مع زوجها بعد ما علمت أنه عنين ورضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا » وبذلك افترقت عن المطالبة في الايلاء التي لا تسقط بالاسقاط، لتجدد الحق في كل وقت ، بل الظاهر سقوط هذا الخيار بالاسقاط ولو في أثناء السنة لعدم الفرق بين ماقبلها و بعدها وأثنائها ، بل لولم تعلم بعننه فأسقطت خيارها على تقدير عننه فالظاهر السقوط على نحو إسقاط خيار العيب في البيع قبل العلم بثبوته بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، نعم عن العامة وجه بعدم اللزوم في الاختيار في الأثناء بناء على أن لا خيار لها إلا بعد الأجل ، فلا عبرة باختيارها المقام كما لاعبرة بفسخها ، وضعفه ظاهر .

إنما الكلام في اقتضاء نفس الصبر عن المرافعة ذلك ، كما هو الظاهر من الشيخ وجماعة ، بل صرح بعضهم بفورية المرافعة كفورية الفسخ ، إلا أنه مع وجوب تقييده بعدم العذر لها في ذلك لجهل و نحوه قد يناقش بأعمية الصبر من ذلك ، خصوصاً مع التصريح منها بعدم كون ذلك عن رضا به ، و بعدم الدليل على وجوب الفور في المرافعة على وجه يقتضي سقوط خيارها بعد ذلك ، حتى لو صرحت بعدم كون ذلك عن رضا منها ، خصوصاً مع وضوح الفرق بينها و بين الخيار بأن مشروعيته على الفور على وجه لو تواطئا على التراخي لم يكن لهما بخلاف المرافعة ، اللهم إلا أن تدفع بمنافاة التراخي في المرافعة لفورية الخيار وللأمر بالتربص سنة الذي

(١) الوسائل الباب ـ١٤ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١٠.

قد يجمع بينه و بين الخبر الآخر (١) المصرح فيه بكون المبدء يوم المرافعة بأن المراد سنة من حين العنن بأمر الحاكم، وذلك لا يكون إلا مع الفور برفع الحال إليه و إلا تأخر الخيار عن زمانه.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿ـان ﴾ لم تصبر بل ﴿ رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين المرافعة، فان واقعها أو واقع غيرها فلا خيار ﴾ لعدم العنن حينئذ بناء على ما عرفته سابقاً في بيان موضوعه، خلافاً للمفيد فاكتفى بالعجز عنها، وقد عرفت ضعفه فيما تقدم، ﴿ و إلا كان لها الفسخ ﴾ من غير فرق بين العنن السابق على العقد و الحادث بعده، بلا خلاف معتدبه أجده فيه، بل عن جماعة الاجماع عليه، وهو الحجة مضافاً إلى صحيح أبي حمزة (٢) السابق، وصحيح محمد بن مسلم (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « العنين يتربص به سنة ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت أقامت » وخبر البختري (٣) عنه أيضاً عن أبيه عليهما السلام: « إن علياً عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم مرافعة امرأته، فان خلص إليها و إلا فرق بينهما، فان رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها » وخبر الكناني (٥) قال: « إذا تزوج الرجل المرأة وهو لا يقدر على النساء أجل سنة حتى يعالج نفسه» إلى غير ذلك من النصوص المؤيدة بالاعتبار، لأن العجز قد يكون لحر فيتربص به إلى الشتاء، أو برد فيتربص به إلى الصيف، أو رطوبة فيتربص به إلى الخريف، أو يبوسة فيتربص به إلى الربيع، فما عن أبي علي من قصر التأجيل على الحادث بعد العقد دون السابق، فيجوز لها الفسخ فيه في الحال، لقول الصادق عليه السلام في خبر غياث (٦) « إذا علم أنه عنين لا يأتي النساء فرق بينهما » وخبر أبي الصباح (٧) « سألته عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتفارقه ؟

---

(١) الوسائل الباب -١٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٩ -١٢ .

(٢) الوسائل الباب -١٥- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٣و٤) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٥-٩.

(٥و٦و٧) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٧-٢-٦ .

قال : إن شاءت » وهما مع الضعف مطلقان لابد من حملهما على التفصيل في الأخبار الأول ، بل في المختلف «أن العلم بعنّته إنما يحصل بالتأجيل سنة » .

هذا و من المعلوم سقوط حكم العنة بتغيب الحشفة في الفرج بحيث يشتمل عليها شفراها اتفاقاً ، فانه أقل وطء معتبر شرعاً مستوجب لسائر أحكامه ، نعم لولم يشتمل عليها الشفران بأن انقلبا ففي الاعتبار وجهان للشافعية : أظهرهما الاعتبار لحصول إلتقاء الختانين ، فان المشهور في معناه التحاذي، ولتحقق الايلاج الّذي لايقدر عليه العنين ، وكون الشفرين بمنزلة مايلفّ على الذكر من خرقة ونحوها .

و لو كان مقطوع الحشفة فالظاهر اعتبار قدرها ، وربما احتمل اعتبار دخول المجموع لأنه مع وجود الحشفة يكون للوطء المعتبر حدّ يرجع إليه ، ولا كذلك مع القطع ، فلا يقطع بحصول المعتبر منه إلاّ بتغيب الجميع ، و عن التحرير التردّد.

﴿ و ﴾ على كل حال فلها أيضاً بعد الفسخ ﴿ نصف المهر ﴾ بلاخلاف معتد به أيضاً ، بل لصحيح أبي حمزة(١) السابق المعتضد بالعمل و بما عن فقه الرضا عليه السلام(٢) الذي يجب به الخروج عن مقتضى قاعدة الفسخ ، خلافاً لأبي علي أيضاً ، فالجميع إذا خلا بها وإن لم يدخل، بناءً منه على إلحاق الخلوة بالدخول بالنسبة إلى قرار المهر، وستسمع الكلام فيه في محله إنشاءالله بل لوسلّم كان المتجه هنا القول بالنصف، للصحيح المزبور المعتضد بماعرفت الّذي لايعارضه المروى عن قرب الاسناد (٣) « عن عنين دلّس نفسه لامرأة ماحاله ؟ قال : عليه المهر ، ويفرّق بينهما إذا علم أنه لايأتي النساء » بعد قصور سنده والاعراض عنه ، مع أنه خال عن التقييد بالخلوة .

---

(١) الوسائل الباب ـ١٥ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٢) المستدرك الباب ـ١٣ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب ـ١٤ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١٣ .

تتمة :

يثبت غير العنن من العيوب باقرار صاحبه ، واليمين المردودة ، والنكول على قول ، و شهادة عدلين ، وفي العيوب الباطنة للنساء بشهادة أربع من النساء عادلات ، لصحيح داود بن سرحان (١) السابق وغيره .

و لو كان لكل من الرجل و الامرأة عيب موجب للخيار يثبت لكل منهما ، لاطلاق الأدلة، حتّى في الرتق الممتنع إزالته مع الجب ، وإن كان لايخلو من إشكال باعتبار ظهور النص في أن العلة في ذلك تضرر أحدهما بعدم التمكن من الوطء، وهنا لا ضرر لاشتراكهما .

و لو طلّق قبل الدخول ثمّ علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق : ولا فسخ له هنا لعدم الزوجيّة ، بل وكذا بعده حتّى في الرجعية، لذلك أيضاً مع احتماله فيها، لبقاء العلقة ، فيفيد حينئذ تعجيل البينونة، وحل الخامسة ، والاُخت ، وانقطاع الارث ، ونفقة العدة ، وليس له الرجعة ثمّ الفسخ بالعيب ، لكونها بعد العلم به رضاً به ، نعم لو لم يعلم إلاّ بعد الرجعة كان له الفسخ بلاإشكال .

وهل يثبت للأولياء الخيار إذا ظهر لهم العيب ؟ الوجه ذلك ، كما في القواعد مع مصلحة المولى عليه ، زوجاً كان أو زوجة ، للعموم المقتصر على خروج الطلاق منه نصاً وإجماعاً، و حينئذ فاذا اختار الامضاء لم يكن للمولّى عليه بعد كماله فسخ، لكن في القواعد لم يسقط خياره ، وكأنه مناف لاثباته للولي ، نعم قد يحتمل عدم الخيار للولي كما سمعته سابقاً في نظائر المقام ، لأنه منوط بالشهرة ، فهو كالطلاق ، بل لعله المشهور في غير المقام ، لكن سمعت المناقشة فيه هنا ، والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢ ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

﴿ المقصد الثالث في التدليس : ﴾

و هو تفعيل من المدالسة بمعنى المخادعة ، و الدلس محركاً الظلمة ، فكأن المدلّس لمّا دلّس و خدع أظلم الأمر على المخدوع ، ذكروه في كتاب البيع ، و أثبتوا به الخيار إن فعل ما يظهر به ضد الواقع ، كتحمير وجه الجارية و وصل الشعر ، و التصرية للشاة و نحو ذلك ، ولعل ذلك هو المنساق منه ، إلاّ أن الّذي يظهر من نصوص (١) المقام بل هو صريح جماعة من الأصحاب تحققه هنا بالسكوت عن العيب مع العلم به ، فضلاً عن الإخبار بضده : من السلامة و بوصف الحرية و نحوها واشتراط البكارة على حسب ماستعرفه ، وكأنّ المنشأ في ذلك أدلة المقام .

و منه يعلم مافيه من الاشكال به في القواعد ، قال فيها : « و يتحقق بإخبار الزوجة أو وليّها أو وليّ الزوج أو السفير بينهما على إشكال بالصحة أو الكمالية عقيب الاستعلام أو بدونه، وهل يتحقق لو زوّجت نفسها أوزوّجها الوليّ مطلقا ؟ إشكال ، ولا يتحقق بالاخبار لا للتزويج أو لهلغير الزوج » بل في كشف اللثام بعد أن ذكر وجه الاشكال من عدم الاخبار ، ومن انصراف الاطلاق إلى السالم الكامل ، وإطلاق قوله عليه السلام في خبر رفاعة (٢) « وإن المهر على الذي زوّجها ، وانما صار عليه المهر لأنه دلّسها » قال : « و هو عندي ضعيف مخالف للأصول ، خصوصاً في الكمال ، ولا سيما بالنسب و نحوه ، ولو فرّق بين مايعلم عادة عدم الرغبة في النكاح معه من عيب أو نقص مطلقا أو بالنظر إلى حال الزوج وخلافه كان حسناً ، ومثله الكلام لوزوّج نفسه أو زوّجه الوليّ مطلقاً » .

---

(١) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦و١٤٩ والباب -٢- منها الحديث ٧ .

(٢) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

قلت: لا إشكال في عدم التدليس بالسكوت عن صفة الكمال، كما لا إشكال في تحقق حكمه بالسكوت عن العيب من العالم به، هي أو وليّها، وليس الدليل منحصراً في خبر رفاعة الّذى وصفه بالضعف والمخالفة للاُصول.

بل يشعر به صحيح الحلبي(١) عن الصادق عليه السلام « في الرجل الّذي يتزوّج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له، قال: لا تردّ إنما يردّ النّكاح من البرص والجذام و الجنون والعفل، قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحل من فرجها، ويغرم وليّها الّذي أنكحها مثل ماساق إليها» ضرورة ظهورهما في تحقق التدليس الّذي يرجع به على الولي بعدم بيان مثل هذه العيوب، ونحوه صحيح محمّد بن مسلم (٢) عن الباقر عليه السلام.

وإطلاق مرسل ابن بكير(٣) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوّج المرأة بها الجنون والبرص وشبه ذلك، قال: هو ضامن للمهر».

وما يشعر به صحيح الحلبي(٤) عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل ولّته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جارة له لا يعرف دخيلة أمرها فوجدها قد دلّست عيباً هو بها، قال: يؤخذ المهر منها، ولا يكون على الّذي زوّجها شيء ».

وخبر محمّد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام إنه قال: « في كتاب عليّ عليه السلام من زوّج امرأة فيها عيب دلّسه ولم يبيّن ذلك لزوجها فانه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، و يكون الذي ساق الرجل إليها على الّذى زوّجها ولم يبيّن» إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على ذلك، كصحيح الحذاء (٦) وصحيح داود بن سرحان (٧)

---

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب -١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ وذيله في الباب -٢- منها الحديث ٥.

(٢) أشار اليه في الوسائل في الباب -١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ و في الباب -٢- منها الحديث ٥ وذكره في الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ الرقم ١٢٩٧.

(٣ و٤ و٥ و٦ و٧) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣ -٤-٧-١ -٦ و في الثاني « ... أو جارلها ... ».

وخبر غياث بن إبراهيم (١) وغيرها .

بل هو أيضاً ظاهر المحكي عن مبسوط الشيخ وابن الجنيد ، وصريح المحكي عن التحرير، بل صرّح به أيضاً ثاني الشهيدين والمحققين ، بل في موضع من جامع المقاصد أنه المفهوم من كلام الفقهاء و النصوص عن أئمة الهدى صلوات الله عليهم أجمعين ، فلا إشكال حينئذ في تحققه في ذلك هنا .

كما لا إشكال في اعتبار الاشتراط أو الوصف بالنسبة إلى صفات الكمال، كما تسمع ما ورد فيها من النصوص (٢) .

و أما إشكاله في السفير ففي جامع المقاصد « إن أراد به المتولي للعقد بين الزوجين لم يكن للإشكال فيه وجه ، لأن النص وكلام الأصحاب صريحان في أن العاقد على ذات العيب يغرم مهرها إلا إذا لم يكن عالماً بحالها ، فالغرم عليها ، وإن أراد به الوسول بينهما والمتولي للعقد غيره فالغرم على العاقد لا عليه ، نعم يجيء الاشكال فيما إذا كان العاقد بعيداً عن العلم بأحوال الزوجة والواسطة عالماً بحالها، لأنه حينئذ غار يتغرم وظاهر النص ينفي الغرم عنه لتعليقه بالمنكح ، ومثله ما لو أخبر السفير الولي بأنه أعلم الزوج بالعيب مثلاً وكان كاذباً ، فان الاشكال في تغريمه من حيث إنه غار ، و من حيث إن الولي مفرط في الركون إلى خبره ، هذا حكم العيب ، و أما حكم النقص فان الغرم على وصف المرأة بالحرية فظهرت أمة ، وعلى من شرط البكارة فظهر ضدّها ، ولا تفاوت بين كونه ولياً وأجنبياً» .

ولا يخفى عليك ما في كلامه من التشويش الذى لم يرجع إلى محصل ، و الذى يظهر من نصوص (٣) المقام أن المدلس الذى يرجع عليه بالمهر هو المتولى شرعاً لأمر الامرأة ، أو عرفاً ولو بتوليتها هي أمرها إذا كان عالماً بعيبها عارفاً بدخيلة أمرها ، ولا مدخلية للأجنبي المباشر للفظ العقد ، و الانكاح الموجود في

---

(١) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١٤.

(٢) الوسائل الباب -٨ و ١٠- من أبواب العيوب والتدليس .

(٣) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس .

النص (١) لايراد منه مباشرة العقد ، بل المراد منه من يسند اليه التزويج على وجه إسناده إلى الأولياء العرفيين الّذى يكون العقد عليها حد ماوقع بأمرهم من مقدمات النّكاح ، وهو الّذى يراد منه الاعلام بالأمر وإظهار الحال للزوج ، كما أنه هو الّذى يسند اليه التفريط بترك الاخبار ، بل الظاهر اختصاصه بالغرامة وإن كان قد شاركته الامرأة بعد إعلام الزوج إلاّ أنه حيث كان المتولي الّذى يراد منه الاخبار بنحو ذلك اختص بالغرامة دونها ، بل ربما كان القول قولها بيمينها لو أنكر العلم بالعيب الظاهر فيها الذى يبعد خفاؤه على مثله ، كما صرح به في جامع المقاصد في مقام آخر بعد أن ذكر ما لا يخلو من تشويش أيضاً فيما يصير الشخص مدلّساً ، قال : « ويناسب الحال أن يراد بالولي هنا المتولي لأمرها وإن كان وكيلاً بحيث يكون تزويجها مستنداً اليه ، سواء باشر العقد أم لا ، والأخبار لاتدل على أمر غير ذلك، والدليل لاينهض إلاّ عليه ، لأن التدليس منوط بالباعثية» وكأنه أراد ما ذكرنا، إلاّ أنه ينبغي أن يعلم أن ذلك من خواص المقام ، ضرورة عدم جريان مثله في التدليس بالبيع .

كما أنه ينبغي أن يعلم أنه قد ظهر لك مما ذكرنا مجامعة العيب للتدليس وانفراد كلّ منهما عن الآخر ، فقد يكون عيباً من غير تدليس كما لو كان خفياً على الزوجة و وليّها ، و ما في جامع المقاصد من التوقف في ذلك في غير محله ، وتدليس من غير عيب ، كمسائل هذا الفصل المشتملة على فقد صفات الكمال ، وتدليس وعيب ، كما لو دلّس بالعيب ، وهو الذي تقدم في الفصل السابق ، إلاّ أنه لاحكم له زائداً على خيار العيب إلاّ في الرجوع بالمهر الذي قد عرفت الكلام فيه ، وأما احتمال إثبات الخيار من جهته فهو واضح الفساد ، ضرورة ظهور النص والفتوى في اتحاد جهة الخيار بالتدليس بالعيب الذى قد عرفت أنه يتحقق بمجرد السكوت عن الإخبار بالعيب مع العلم به الّذى لا يصح فيه إسقاط الخيار من جهة العيب

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٥ .

و بقاؤه من جهة الكتمان ، بل النصوص صريحة في فساده ، كما هو واضح .
﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿ـفيه ﴾ أي هذا المقصد ﴿ مسائل : ﴾

﴿ الاولى ﴾

﴿ إذا تزوّج ﴾ الحرّ أو العبد ﴿ امرأة ﴾ معينة ﴿ على ﴾ شرط ﴿ أنها حرّة فبانت أمة ﴾ كلاً أو بعضاً صح العقد مع إذن السيّد أو إجازته وكون العاقد ممن يجوز له نكاح الأمة ، لاطلاق الأدلة ، والاجماع المحكي عن السرائر ، نعم ﴿ كان له الفسخ ولو دخل ﴾ قيل : لأن فائدة الشرط قلب العقد اللازم جائزاً ، بل لا يسقط الخيار الحاصل منه بالتصرف كما عرفته في محله .

وفيه أن الأولى الاستدلال بظاهر النص (١) والفتوى بتحقق الخيار بالتدليس بنحو ذلك ، لا للشرط المزبور ، وإلاّ لكان مقتضاه ثبوت الخيار بتعذر كل شرط في عقد النكاح ، أو بالامتناع من الوفاء به على نحو ما سمعته في البيع ، واحتمال الالتزام بذلك ينافيه اقتصارهم في خيار النكاح على العيوب المخصوصة ، والتدليس بالأمور المذكورة ، بل تصريحهم بعدم قبول النكاح لاشتراط الخيار .

﴿ و ﴾ على كل حال فما ﴿ قيل ﴾ - والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه وخلافه : ﴿ العقد باطل ﴾ لقاعدة لزوم الوفاء بالشرط المتعذر هنا ، بل هو مشخص للمعقود عليها ، فمع انتفائه يكون الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع - كما ترى ، إذ فيه أن لزوم الوفاء به لا يقتضي بطلان العقد بتعذره ، خصوصاً مع كونه حقاً للمشروط له ، فله إسقاطه ورفع اليد عنه ، وتشخيصه للعقد لا يزيد على تشخيص الوصف الّذي قد عرفت في محله تسلط الخيار لانتفائه ، لا فساد العقد .

﴿ و ﴾ حينئذ فلا ريب في أن ﴿ الأول أظهر ﴾ منه ، بل هو واضح الضعف ، بل لو لم يكن ذلك باذن المولى كان صحيحاً أيضاً موقوفاً على الاجازة ، لما عرفته

---

(١) الوسائل الباب -٨- من أبواب العيوب والتدليس .

في محله ، نعم لو لم يكن العاقد ممن يجوز له نكاح الأمة كان فاسداً ، أللّهمّ إلاّ أن يريد الشيخ ذلك أو الأوّل مع التجوز في البطلان أو أن مذهبه ذلك في نكاح الأمة من دون إذن سيدها ، لما تقدم في محله ، و خصوص خبر الوليد بن صبيح (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلّست نفسها ، قال : إن كان الّذي زوّجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد ، قلت : كيف يصنع بالمهر الّذي أخذت منه؟ قال: إن وجد مما أعطاها شيئاً فليأخذه، و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، و إن كان زوّجها إياه وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه ، ولمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً ، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها ، قال : و تعتد منه عدة الأمة ، قلت : فان جاءت منه بولد ، قال : أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالي» لكن الظاهر إرادته الفساد مع عدم إجازة الموالي ، ولا ريب في الفساد حينئذ ، و هو واضح كوضوح الحال في لزوم العقد على الصحة مع رضا السيد والزوج بعد العلم بالحال .

﴿ و ﴾ أنه ﴿ لا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول ﴾ لهما تقدّم من أن مقتضاه ردّ كلّ عوض إلى صاحبه ، بل ﴿ و ﴾ لا في أن ﴿لها المهر﴾ تماماً ﴿ بعده ﴾ لما تقدم من قراره بالدخول ، وقد فرض كون العقد صحيحاً ، ومقتضى صحته لزوم ما تضمنه من المسمّى ، ولا يعارضه أن مقتضى الفسخ رجوع المسمّى إلى مالكه وغرامة مهر المثل عوض ما استوفاه من منفعة البضع ، لما عرفت من أن الفسخ و إن اقتضى ذلك لكن في خصوص المقام و نظائره لا يقتضي سوى فسخ العقد وردّ البضع إلى أهله ، للأدلة الدالّة على قرار المهر بالدخول وإن فسخ بعده ، كما عرفته فيما سبق وتعرفه فيما يأتي ، فما عن ابن الجنيد هنا أيضاً من وجوب مهر المثل واضح الضعف ، كما عرفته فيما تقدم .

﴿ و ﴾ كذا ما ﴿قيل﴾ عن المقنع والنهاية وغيرهما ﴿لمولاها العشر﴾ إن كانت بكراً ﴿أو نصف العشر﴾ إن كانت ثيباً ﴿ ويبطل المسمى﴾ لصحيح الوليد (٢) الّذي هو

(١ و٢) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث١ .

وإن كان معتبر السند ، وقابلاً لتخصيص مادلّ (١) على خلافه، وموافقاً لقاعدة الفسخ في الجملة ولمادلّ (٢) على عدم خلو البضع عن مهر إلاّ أنه ـ لا عراض المعظم واحتمال وجوب العشر ونصفه في صورة الفساد وإن رجع هو به على المدلّس إن كان، بل لعله الظاهر منه عند التأمّل فهو حينئذ خارج عما نحن فيه ، وغير ذلك ـ كان قاصراً عن معارضة مادل (٣) على وجوب المسمّى مع صحة العقد من وجوه. ﴿و﴾ من هنا كان ﴿الأوّل أشبه﴾ بأصول المذهب و قواعده ، كما عرفت تفصيل الكلام فيه ، بل و في أن لها المسمّى أو مهر المثل أو العشر و نصف العشر في النّكاح الفاسد ، بل و في أنّ وطء الشبهة أيضاً يوجب مهر المثل أو المقدّر ، و في أنه يغرم أرش البكارة مع ذلك أيضاً أولا و في استحقاقها العوض مع علمها بالتحريم ، وغير ذلك مما تقدم في المباحث السابقة ، فلاحظ وتأمّل ، والله العالم .

﴿و﴾ على كلّ حال ﴿يرجع بما اغترمه﴾ من مهر بل و قيمة ولد و نفقة ﴿على المدلس﴾ إن كان النكاح فاسداً قطعاً ، بلا خلاف معتد به أجده فيه ، لقاعدة الغرور ، والنصوص (٤) السابقة في التدليس بالعيب ، وصحيح الوليد(٥)

(١و٣) الوسائل الباب ـ٥٤ـ من أبواب المهور .

(٢) لم نعثر على ما يكون صريحاً فى عدم خلو البضع عن المهر ، و الظاهر أنه استفيد من الروايات التى دلت على أنه يجب على الرجل كذا بما استحل من فرجها و هى كثيرة منها ما رواه فى الوسائل فى الباب ـ ١٦ ـ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٦ و الباب ـ٦٧ـ من نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ والباب ـ٣ـ من العيوب و التدليس الحديث ٣ والباب ـ٦ـ منها الحديث ١ والباب ـ٢ـ منها الحديث ٢ . نعم ورد « لايصلح نكاح الا بمهر » فى روايات عديدة ذكرها فى الوسائل فى الباب ـ ٢ ـ من أبواب عقد النكاح .

(٤) الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب العيوب والتدليس .

(٥) الوسائل الباب ـ٦٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

المتقدم آنفاً و خبر إسماعيل بن جابر (١) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته ، فسأل عنها ، فقيل : هي ابنة فلان فأتى أباها ، فقال : زوّجني ابنتك ، فزوّجه غيرها ، فولدت منه ، فعلم بعد أنها غير ابنته ، و أنها أمة ، قال : تردّ الوليدة على مواليها ، و الولد للرجل ، و على الّذي زوّجه قيمة الولد ، يعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه » وفي خبره الآخر (٢) عنه عليه السلام أيضاً قلت: « جاء رجل إلى قوم فخطب إليهم أن يزوّجوه من أنفسهم فزوّجوه و هو يرى أنها من أنفسهم فعرف بعد ما أولدها أنها أمة ، قال : الولد له ، وهم ضامنون لقيمة الولد لمولى الجارية » إلى غيرذلك مما هومعتضد بعدم الخلاف فيه ﴿ و ﴾ عدم الاشكال .

نعم ﴿ لو كان مولاها دلّسها قيل ﴾ والقائل الشيخ والجماعة كما في المسالك: ﴿ يصح ﴾ العقد ﴿ و ﴾ لا خيار فيه ، لأنها ﴿ تكون حرة بظاهر إقراره ﴾ أو إنشائه لو كان قد قال: « هي حرة » أو « هذه حرة » أو نحو ذلك مما يقتضي الحكم بحريتها إقراراً أو إنشاءً قبل حصول العقد عليها ، فمع فرض رضاها بالنكاح سابقاً أو لاحقاً يصح العقد على جهة اللزوم ﴿ و ﴾ يكون المهر لها .

نعم ﴿ لولم يكن تلفظ بما يقتضي العتق ﴾ لاإقراراً ولا إنشاءً ﴿لم تعتق﴾ بل هي باقية على الرق ، خلافاً لما عن ظاهر المبسوط ﴿ ولم يكن لها مهر ﴾ لأن الفرض تدليس المولى إياها ، و المهر راجع إليه ، بل لو كان قد دفع إليها شيئاً من المهر باذنه و أتلفته يرجع به عليه ، للمغرور أيضاً ، بل في القواعد احتمال الرجوع عليه و إن لم يأذن ، و الرجوع به في كسبها و التبعية به بعد العتق ، و هو وإن كان جيداً ، بل وافقه عليه جماعة من المتأخرين ومتأخريهم، لكنه خروج عن موضوع المسألة الّذي هو تدليسها حرة ثمّ ظهر بعد ذلك أنها أمة و لو للعلم بكذب إقراره ، و لعله لذا نسبه المصنف إلى القيل مشعراً بتمريضه ، نعم قيل : ينبغي استثناء أقل ما يتمول أو مقدار مهر المثل في صورة الرجوع بالمهر لئلا

---

(١) الوسائل الباب -٧- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيدوالاماء الحديث ٧.

يخلو البضع عن المهر ، و فيه ما عرفته سابقاً من منافاته لدليل الرجوع الظاهر أو الصريح في المسمّى جميعه الموافق لفتوى المعظم ، اللّهم إلاّ أن يقال في خصوص المقام باستثناء العشر أو نصفه منه ، لصحيح الوليد(١) السابق ، ويمكن تنزيل ماسمعته من المقنع والنهاية على هذه الصورة خاصة ، و إن كان فيه ما عرفته أيضاً .

و لو [illegible] زرت بعد النكاح فعلم الزوج في حال حريتها أنها كانت أمة مدلّسة قبل النكاح فالظاهر ثبوت الخيار ، خلافاً لمحتمل القواعد في نظير المسألة من عدم الخيار ، لارتفاع الضرر ، و أصالة اللزوم ، و نحو ذلك مما لا يعارض إطلاق دليل الخيار ، والله العالم .

﴿ ولو دلست ﴾ هي ﴿ نفسها كان عوض البضع لمولاها ﴾ و هو المسمّى في العقد مع إجازته على الأصح ومهر المثل أو العشر ونصفه إن لم يجز ﴿و﴾لكن ﴿ رجع الزوج به عليها إذا أعتقت ﴾ لقاعدة الغرور ﴿ ولو كان دفع اليها المهر استعاد ما وجد منه ﴾ و دفعه بعينه إلى المولى إذا كان العقد واقعاً عليه و إلاّ إن شاء دفعه أو غيره من الأفراد ﴿ و ﴾ أما ﴿ ما تلف منه ﴾ فـ﴿يتبعها به عند حريتها ﴾ للقاعدة السابقة .

ولا فرق في هذه الأحكام بين الحر و العبد ، لا طلاق الدليل ، نعم حكم الرجوع و نحوه لسيده ، بل و الخيار بناء على اختصاص الطلاق في كونه بيد العبد دون غيره كما تقدم الكلام فيه سابقاً ، نعم لو اعتق. قبل الفسخ فالأقرب أن الرجوع به للعبد ، لأنه حينئذ من كسبه وهو حر ، و ربما احتمل كونه للمولى ، لأنه عوض ما دفعه عن عبده الّذى لم يدخل في ملكه ، بل خروجه عن ملك المولى كان متزلزلاً ، و فيه منع .

ثمّ إن كان الغار هو الوكيل لها أوله رجع بالجميع وإن كانت هي فكذلك ولكن يتبعها به بعد العتق ، ولا يرجع على سيدها الذى قد استحق غير المهر

(١) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

بالوطء ، ولو حصل الغرور بينهما رجع بنصفه على الوكيل حالاً و نصفه عليها بعد العتق .

و لو أولدها ففي القواعد « كان الولد رقاً لمولاه إن كان المدلس سيدها وأذن لها في التزويج مطلقا أو في التزويج به بخصوصه أو بأى عبد كان » و فيه نظر مع فرض المسألة على وجه يثبت الخيار المتوقف على حصول الاذن منهما المستلزم شركة الولد بينهما ، لكونه نماء ملكيهما ، وتدليس السيّد بالحرّية لاينافي ذلك ، و فرض المسألة إذن مولى الجارية دون العبد حتّى يكون الولد لمولى العبد ينافي الحكم بالخيار ، وهذا كلّه مع الشرط في متن العقد .

أما إذا تزوجها على أنها حرة بالاخبار بذلك قبل العقد من الولي أو الجارية أو أجنبي من دون اشتراط لفظاً ففي المسالك و غيرها و عن المبسوط عدم الخيار ، للأصل المستفاد من عموم « أوفوا »(١) وغيره ، بل صريح بعضهم ذلك حتّى مع اشتراط ذلك قبل العقد ، تمسكا بما دل على عدم العبرة بالشرائط السابقة قبل العقد من النصوص السابقة ، لكن قد عرفت ما فيه في محله ، مضافاً إلى ظهور الأدلة هنا الّتي منها صحيح الوليد (٢) وخبر إسماعيل بن جابر(٣) المتقدمة في تحقق التدليس بالأعم من ذلك و من الاخبار بالحرية قبل العقد على وجه يكون الباعث له على تزويجها ذلك ، بل هو قائم في نفسه قيام الداعي وإن لم يشترطه في العقد ولا قبله ، بل لعل العرف أيضاً كذلك .

نعم قد يتوقف في تحققه بالسكوت منها أوممن يتولّى نكاحها مع العلم ، كما عرفته فيما تقدم ، مع إمكان القول بكونه تدليساً أيضاً إذا فرض علم الساكت بقدوم الزوج على الحرية وإن استفادها من الأصل ونحوه ، ومن هنا أطلق المصنف وغيره ، بل لعله المشهور في موضوع المسألة من غير اعتبار للاشتراط .

ثمّ إنه قد ظهر لك مما ذكرنا أنه لافرق في ثبوت هذه الأحكام بين ظهورها

(١) سورة المائدة : ٥ ـ الآية ١ .
(٢) الوسائل الباب ـ٦٧ـ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .
(٣) الوسائل الباب ـ٧ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

أجمع أمة أو بعضها ، فيثبت الخيار حينئذ بالتدليس برقيّة بعضها للتنقيح ، و لأن السبب في الخيار التدليس بهذا الوصف و نحوه من غيرفرق بين الجميع والبعض ، كما هو ظاهر النصوص ، لكن في القواعد « إنما يرجع على المدلّس بنصيب الرقيّة ، لأن التدليس إنما وقع بالنسبة إلى ذلك البعض ، بخلاف الآخر الذي صدق بالإخبار بحريته » .

قلت : قد يحتمل قوياً الرجوع بالكل إلا ما استثنى من أقل المهر أو مهر المثل إن رجع عليها ، لأنه لم يسلم له ما يريده من النكاح ، و على الأول فان كانت هي المدلسة و كان نصفها مثلاً رقاً أغرم للمولى نصف المهر ، و رجع عليها بنصف ما غرمه معجلاً ، وتبعها بالباقي بعد العتق ، ولو كان المولى المدلّس لم يكن له شيء من المهر ، بل لو دفعه إليها باذنه فتلف كان الرجوع عليه بنصفه ، بل قد سمعت احتمال الرجوع عليه بذلك وإن لم يأذن ، لكونه غاراً ، فهو سبب في الاتلاف أقوى من المباشر ، و لوكان أجنبياً رجع عليه بما غرمه للمولى من نصف المهر ، بل يرجع عليه بذلك وبما دفعه لها باذنه فأتلفته ، بل وإن لم يأذن بناء على احتمال الرجوع به على السيّد كذلك .

المسألة « الثانية »

عكس المسألة السابقة ، وهي ما « إذا تزوجت المرأة برجل على أنه حر فبان مملوكاً » مأذوناً « كان لها الفسخ قبل الدخول و بعده ، ولا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول » لأنه من قبلها ، « و » لاقتضاء الفسخ ذلك كما عرفته سابقاً ، نعم « لها المهر » المسمى « بعده » لما عرفته أيضاً فيما تقدم ، بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل ولا إشكال ، لما تقدم ولصحيح محمد بن مسلم (١) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة حرة تزوجت مملوكاً على أنه حر ، فعلمت بعد أنه مملوك ، قال : هي أملك بنفسها إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فلا ، فان كان دخل بها فلها

(١) الوسائل الباب ـ ١١ ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

الصداق ، و إن لم يكن دخل بها فليس لها شيء » و ظاهر قوله عليه‌السلام : « الصداق » أنه المسمى كما حققناه سابقاً ، لا مهر المثل ، كما أن ظاهره كون العبد مأذوناً وإلا لم يكن الخيار بيدها مع عدم إجازة السيد ، ولكن لها المهر على العبد تتبعه به بعد العتق ، بخلاف ما إذا كان مأذوناً ، فان المهر يرجع به على السيد ، لما تقدم سابقاً من أن مهر العبد المأذون على السيد ، وكذا ظاهر الصحيح المزبور عدم الفرق بين شرطية الحرية في متن العقد وعدمها بعد صدق التدليس والغرور والخديعة ، كما سمعته في السابق ، بل لا يخفى عليك إجراء جميع ما ذكرناه من الأحكام في المسألة السابقة حتى حكم ظهوره مبعضاً و حكم ما لو كانت الامرأة أمة وإن كان الخيار حينئذ بيد المولى قطعاً ، نعم في القواعد هنا « لو ظهر الزوج معتقاً فلا خيار » و فيه ما عرفت بناء على كون المراد عدم الخيار لو ظهر كون حريته بعتقه بعد كونه زوجاً ، أما لو كان المراد أنه حين النكاح معتقاً لا حراً بالأصل فوجه عدم الخيار حينئذ ظاهر ، ضرورة صدق الحرية ، والله العالم .

المسألة « الثالثة »

« قيل » في محكي المقنعة والنهاية والمهذب والسرائر والوسيلة بل نسب إلى أكثر المتقدمين « إذا عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيرة » أي حرة « فكانت بنت أمة كان له الفسخ » للتدليس في الصفة المستفاد تسبيبه الخيار من فحاوي النصوص السابقة و التعليل في بعضها ، و لعله لا يخلو من قوة ، خصوصاً مع احتمال إرادته من الخبرين (١) الآتيين في المسألة الآتية ، بل لعله الظاهر من أحدهما . « و » لكن مع ذلك « الوجه » عند المصنف ، وغيره من المتأخرين « ثبوت الخيار مع الشرط » في متن العقد تحقيقاً أو تقديراً على القول به « لا مع إطلاق العقد » و وقوع ذلك على نحو الداعي أو الشرط قبله ، لأصالة اللزوم ، بخلافه

(١) الوسائل الباب -٨- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ و ٢ .

مع الشرط فيه الّذي لا خلاف في ثبوت الخيار معه حينئذ ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه صريحاً ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم » (١) المنحصر فائدته في نحو المقام في التسلط على الخيار .

وعلى كلّ حال ﴿ فان فسخ قبل الدخول فلامهر ﴾ لها على الزوج إجماعاً ، ولا على أبيها الّذي زوّجها على المشهور ، للأصل مع انتفاء المقتضي ، خلافاً للشيخ في محكي النهاية ، فأثبت عليه المهر ، و علّله غير واحد بالرواية ، ولم نقف إلّا على خبري محمّد بن مسلم(٢) الآتيين في المسألة الآتية ، ولادلالة فيهما على ذلك ، فالأصل حينئذ بحاله بعد قصور الرواية المرسلة لو فرض إرادة غيرهما منها عن قطعه كما هو واضح .

﴿ نعم لو فسخ بعده كان لها المهر ﴾ المسمى الّذي استقر بالدخول على الزوج ، كما عرفته فيما تقدم من نظائر المسألة ﴿ و ﴾ لكن ﴿ يرجع به على المدلّس أباً كان أو غيره ﴾ لقاعدة الغرور وفحاوى النصوص السابقة في أمثال المسألة و صحيح محمّد بن مسلم (٣) الآتي حتّى لو كانت هي المدلّسة رجع عليها إن كان قد دفع إليها ، و إلّا لم يكن لها شيء حتّى أقل ما يتموّل فضلاً عن مهر المثل ، كما عرفت تحقيق المسألة فيما تقدم ، هذا وفي القواعد « ولو خرجت بنت معتقة فاشكال » و لعله من دخولها في المهيرة عرفاً ، لأنها الحرة كما عن الجوهري وغيره ، مضافاً إلى الأصل والاحتياط ، ومن دعوى تبادر الحرة بالأصل وفيها منع ، والأولى أن يحمل على ظهور أنها كانت اُمها أمة حين ولدت ثم أعتقت ، فان الاشكال فيها أظهر من صدق أنها الآن مهيرة ، و من أنها حين ولدت منها لم تكن بنت مهيرة ، و الظاهر أن العبرة بذلك حين الولادة ، و الأمر سهل بعد وضوح الحال في أصل المسألة ، والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب -٨- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ و ٢ .

(٣) الوسائل الباب -٨- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١.

المسألة ﴿ الرابعة ﴾

﴿ لوزوّجه بنته من مهيرة و أدخل عليه بنته من الأمة فعليه ﴾ اجتنابها مع العلم بالحال و﴿ ردّها ، ولها مهر المثل إن دخل بها ﴾ وهي غير عالمة وإن كان هوعالما . ﴿ ويرجع به ﴾ منجهله ﴿على من ساقها إليه ﴾ لقاعدة الغرور . ﴿و ترد عليه التي تزوجها ﴾ لأن الفرض كونها امرأته ﴿ و كذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنّها زوجته سواء كانت أرفع أو أخفض ﴾ أو مساوية فوطأها، فانه يغرم لها مهر المثل إن لم تكن عالمة ، ويرجع به إن لم يكن عالماً على المدلس، للقواعد المقررة، وإنما ذكر الأصحاب هذه بخصوصها لتعرض النصوص لها ، ففي صحيح محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن رجل خطب إلى رجل ابنته له من مهيرة فلمّا كانت ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه ابنة له اُخرى من أمة ، قال : تردّ على أبيها ، و تردّ إليه امرأته ، و يكون مهرها على أبيها » و في صحيحه الآخر (٢) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيرة فأتاه بغيرها ، قال : تردّ التي سميت له بمهر آخر من عند أبيها ، و المهر الأول للتي دخل بها » بناءً على كون المراد منهما إدخال الأخرى بعد العقد على الاُولى ، مع احتمال إرادة الخطبة بنت المهيرة ولكن العقد وقع على بنت الأمة بعنوان أنها بنت المهيرة تدليسا من الأب ، فيكون الخبران حينئذ دليلي المسألة السابقة ، بل لعل الثاني منهما ظاهر في ذلك ، بل والأول بناءً على أن المراد من « امرأته » فيها المسماة له بالخطبة ونحوها .

و على كل حال فالمراد من الأول بقرينة الثاني كون مهر المردودة إلى زوجها على أبيها ، و وجهه أن الزوج يرجع بالمهر الذى غرمه للاُولى على الأب المدلس ، فيأخذه منه ، ويدفعه إلى المعقودة عليه بعد فرض تساوى مهر المثل الذي

(١ و٢) الوسائل الباب -٨- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢-١ .

غرمه للمهر الّذي عقد عليه ، و حينئذ فيوافق الخبران القواعد المعلومة .

و منه يعلم ما في فتوى الشيخ السابقة المبنية على رجوع الضمير في الخبر الأول للبنت من الأمة ، و كون الردّ قبل الدخول ، مع احتماله مضافاً إلى ماعرفت العلم بعد الدخول وحينئذ فالمراد من كون المهر على أبيها باعتبار رجوع الزوج به عليه ، فقراره حينئذ عليه .

وقال في هذه المسألة في النهاية : « وإن كان للرجل بنتان إحداهما بنت مهيرة و الاُخرى بنت أمة فعقد لرجل على بنته من المهيرة ثمّ أدخل عليه بنته من أمة كان له ردّها ، و إن كان قد دخل بها وأعطاها المهر كان المهر لها بما استحل من فرجها ، وإن لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر ، و على الأب أن يسوق إليه ابنته من المهيرة ، وكان عليه المهر من ماله إذا كان المهر الأول قد وصل إلى ابنته الاُولى ، وإن لم يكن وصل إليها ولا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمة الزوج لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام » وذكر الخبر الأول ، وفي المسالك بعد حكاية ذلك عنه قال : « ولا يخفى أن في دعوى الشيخ زيادات عن مدلول الرواية لا توافق الاُصول ، مع أن في طريق الرواية ضعفاً » قلت : الخبر حسن كالصحيح و ليس في كلام الشيخ زيادات عليه بعد فرض كون مراده ما ذكرنا، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة ﴾

﴿ إذا تزوّج امرأة و شرط كونها بكراً فوجدها ثيّباً ﴾ وثبت بالاقرار أو البيّنة سبق ذلك على العقد كان له الفسخ ، لانتفاء الشرط الّذى قدعرفت أن فائدته ذلك ، و لعله لا خلاف فيه كما لا إشكال ، لكن في كشف اللثام أن ظاهر الأكثر و صريح بعض عدم الخيار ، للأصل و الاحتياط ، و أن الثيبوبة ليست من العيوب ، وفيه أنا لم نتحقق ما حكاه ، بل لا وجه له مع الفتوى من غير خلاف منهم في تحقق

الخيار مع شرط الصفات ، ككونها بنت مهيرة و نحوها ، لدليل الشرطية القاطع للأصل، وغير متوقف على العيب حينئذ ، نعم أطلق كثير من الأصحاب فيمن تزوّج جارية على أنها بكر فوجدها ثيّباً ﴿لم يكن له الفسخ﴾ إلاّ أن ذلك منهم ﴿لإمكان تجدده بسبب خفي﴾ كما أومأ اليه المصنف ، فلا ينافي اشتراطه ، بل هو المراد من خبر القاسم بن الفضيل (١) عن أبي الحسن عليه السلام « في الرجل يتزوّج المرأة على أنها بكر فيجدها ثيّباً أيجوز أن يقيم عليها ؟ قال : قد تفتق البكر من المركب و من النزوة » أو المراد أنه لا دلالة في انتفاء بكارتها على فجورها ، أو أن لها بعلاً أو نحو ذلك مما لا ينبغي معه القيام معها ، لأن البكارة قد تذهب بالنزوة ونحوها .

و على كل حال فهو غير مفروض المسألة الّذي هو اشتراط البكارة المعلوم سبق انتفائها ، بل لا يبعد ثبوت الخيار معه وإن لم يذكر ذلك شرطاً في متن العقد ، وإنما كان بتدليس منها أو من وليّها ، لمسامحته في المسائل السابقة ، نعم لو تزوّجها من دون اشتراط بكارة ولا تدليس وإنما قدّم عليها على احتمالها الأمرين لم يكن له خيار ، بل ولا رجوع بمهر وإن ظهر سبقها، للأصل السالم عما يقتضي شيئاً منهما .

و كيف كان فاذا فسخ حيث يكون له الفسخ فان كان قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده استقر المهر ورجع به على المدلّس ، و إن كانت هي ، بل الأصح عدم استثناء قدر ما يتموّل أو مهر المثل له إذا رجع عليها ، لما عرفته في المسائل السابقة.

﴿و﴾ أمّا إذا اختار البقاء أو لم يكن له الفسخ لاحتمال التجدد ﴿كان له أن ينقص من مهرها﴾ على المشهور بين الأصحاب ، لصحيح محمد بن جزك (٢) « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام سألته عن رجل تزوّج جارية بكراً فوجدها ثيّباً هل يجب لها الصداق وافياً أو ينتقص ؟ قال : ينتقص » خلافاً للحلبي و ابن البراج فلم ينقصا منه شيئاً ، للأصل المقطوع بالدليل ، فلا ريب في ضعفه ، إنما الكلام في

---

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ عن محمد بن القاسم بن الفضيل كما في الكافي ج ٥ ص ٤١٣ .

(٢) الوسائل الباب -١٠- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

مقدار النقصان ، ففي محكي النهاية شيء ، لا طلاق لفظ النقصان في الصحيح المزبور .

و في القواعد ومحكي السرائر والتحرير والارشاد والتلخيص هو ﴿ ما بين مهر البكر والثيب ، و يرجع فيه إلى العادة ﴾ فينقص من المسمى مقدار التفاوت بينهما نصف أو ثلث أو غيرهما ، لأنه الذي فوته المدلس باعتبار أنه بذل المسمى في مقابلة الوصف بالبكارة ولم تكن كذلك ، فيلزم التفاوت كأرش ما بين كون المبيع صحيحاً ومعيباً ، وضعّفه في المسالك بأن ذلك إنما يتم حيث يكون فواته قبل العقد أما مع إمكان تجدده أو العلم بتجدده بناءً على كونه كذلك ولا ، لعدم مقتضي السقوط حينئذ أو عدم العلم به .

﴿ و قيل ﴾ والقائل قطب الدين الراوندي : ﴿ ينقص السدس ﴾ لأنه المراد من الشيء في الوصايا ﴿ وهو غلط ﴾ لخلو الخبر عن لفظ « الشيء » ولو سلّم فالحمل على الوصية ممنوع ، وعن المصنف في النكت إحالته على رأي الحاكم كما هو الشأن في كلّ مالا تقدير له شرعاً ، وقد يرجع إليه القول الأول ، ضرورة أنه لا وجه لايكال أمر الشيء إلى الزوج أو الزوجة المؤدي إلى النزاع في تعيين أفراد الشيء ، ولا نظير له في الشرع .

قلت : وقد يقال : إن الأولى تقديره بالنصف عملاً بالنصوص(١) المعتبرة المستفيضة الواردة في تقديره بالأمة بعشر قيمتها ونصف عشر قيمتها الظاهرة في كون التفاوت بين البكارة و الثيوبة التي لافرق فيهما بين الأمة وغيرها بالنصف وإن اختلفا في كون ذلك نصف عشر القيمة و نصف المسمى الذي قد وقع العقد و التراضي عليه ، بل هو الأقوى في النظر إن لم يكن اجماع على خلافه ، كما أنه يقوى ثبوت النقصان مع العلم بتجدد الثيبوبة ، لترك الاستفصال في الصحيح المزبور الذي يمكن تأييده بكونه كالمبيع قبل قبضه في ضمانه على البائع حتى يقبض ، اللّهمّ إلا أن

---

(١) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ و٢ والباب ٦٧ منها الحديث ١ .

يدعى ظهور النص في سبق الثيوبة أو مجهول الحال ، فيكون ترك الاستفصال فيه لذلك ، ويمكن منعه ، والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة ﴾

﴿ إذا استمتع امرأة فبانت كتابية ﴾ مثلاً ﴿ لم يكن له الفسخ من دون هبة المدة ﴾ للأصل السالم عما يقتضي خياره ﴿ ولا له إسقاط شيء من المهر ﴾ لعدم نقص الاستمتاع عليه بشيء ، نعم له فسخ عقدها بهبة المدة كغيرها من النساء التي استمتع بها . ﴿ وكذا لو تزوجها دائماً ﴾ بناء ﴿ على أحد القولين ﴾ ولكن له أن يطلقها كغيرها من النساء ﴿ نعم لو شرط إسلامها ﴾ مثلاً ﴿ كان له الفسخ إذا وجدها على خلافه ﴾ لما عرفت من اقتضاء الشرط ذلك ، بل قد عرفت قوة ثبوت الخيار بالتدليس بنحو ذلك على وجه تزوجها على أنها مسلمة مثلاً فبان الخلاف . و على كل حال فحكمها في الفسخ قبل الدخول وبعده وفي الرجوع بالمهر على المدلس وغير ذلك حكم نظائرها السابقة ، ولو شرط كونها كتابية فبانت مسلمة ففي تسلطه على الخيار وجهان : أقواهما الأول ، لعموم المقتضي ، و لعل له غرضاً في ذلك ، وكذا كل شرط صفة نقص فبان الكمال ، و في الحاق التدليس به هنا إشكال من صدقه ، و من ظهور تلك الأدلة في تدليس الناقص بالكامل لا العكس ، و لعله الأقوى .

المسألة «السابعة»

﴿ إذا تزوج رجلان ﴾ مثلاً ﴿ بامرأتين فأدخلت امرأة كلّ واحد منهما على الآخر فوطأها فلكل واحدة منهما على واطئها ﴾ مع جهلها ﴿مهر المثل ﴾ و يرجع به على الغار إن كان ﴿ و ترد كلّ واحدة على زوجها ، و عليه مهرها المسمى ﴾ بالعقد عليها ﴿ و ليس له وطؤها حتّى تنقضي عدتها من وطء الأول ﴾ إلاّ إذا كان الوطء زنا منهما، فانه لاعدة حينئذ ﴿ولو ماتتا في العدة أو مات الزوجان ورث كلّ واحد منهما زوجة نفسه و ورثته ﴾ لحصول السبب و إن امتنع الوطء لعارض كالحيض و نحوه بلا إشكال في شيء من ذلك ولا خلاف ، و إنما ذكره الأصحاب بخصوصه للنص فيه ، ففي الصحيح (١) « في رجلين نكحا امرأتين ، فأتى هذا بامرأة هذا ، وهذا بامرأة هذا ، تعتد هذه من هذا وهذه من هذا، ثم ترجع كل واحدة إلى زوجها » و في مرسلة جميل بن صالح (٢) عن الصادق عليه السلام « في اُختين اُهديتا إلى أخوين في ليلة ، فأدخلت امرأة هذا على هذا و أدخلت امرأة هذا على هذا ، قال: لكلّ واحدة منهما الصداق بالغشيان ، وإن كان وليّهما تعمّد ذلك أغرم الصداق، ولايقرب واحد منهما امرأته حتّى تنقضي العدة ، فان انقضت العدّة صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول ، قيل له : فان ماتتا قبل انقضاء العدة ، فقال : يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، و يرثهما الرجلان، قيل: فان مات الرجلان وهما في العدة ، قال ترثانهما ، و لهما نصف المهر المسمى لهما ، و عليهما العدة بعد ما تفرغان من العدة الاُولى ، تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها » نعم هي تتضمن تنصيف المهر بالموت قبل الدخول من أيهما كان ولم يقل به أحد كما في كشف اللثام ، قال : « و لذا عمل بها الشيخ في محكي النهاية إلاّ في تنصيف المهر لهما إذا مات الزوجان فأثبت لهما تمام المسمى » وستسمع إنشاءالله تحقيق الحال في ذلك .

(١و٢) الوسائل الباب ـ٤٩ـ من أبواب مايحرم بالمصاهرة الحديث ١ـ٢ .

و حملها في المختلف على أن المرأتين ليس لهما ولد ، فيرجع الزوجان بالنصف مما دفعا مهراً على سبيل الميراث ، وفي المسالك « هذا الحمل مع بعده إنما يتم في جانب الزوج دون الزوجة ، لحكمه لها أيضاً بالنصف ، مع أن أول الرواية تضمن حصول الغشيان و آخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت ، وحملها على مالو وقع ذلك قبل الدخول خلاف ظاهرها ، و على كل تقدير فاطراح الرواية للضعف أولى من تكلف حملها على مالاتدل عليه » .

قلت : المحتاج إلى التأويل فيها التنصيف بموت الزوجة دون العكس الّذي ستسمع دلالة كثير من النصوص (١) عليه ، و الغشيان في أول الرواية غشيان الشبهة لاغشيان الزوج ، فلا ريب حينئذ في كون المفروض الموت قبل الدخول ، و الأمر سهل بعد وضوح الأمر في ذلك و في أن للزوجين الرجوع بما غرما من مهر المثل على نحو ماسمعته في المسائل السابقة ، إلاّ أن الزوجة هنا إذا كانت هي الفارة لم يكن لها مهر أصلاً لكونها بغيّاً حينئذ .

هذا ولكن في جامع المقاصد « يرجع كلّ من الزوجين بما غرمه من مهر المثل على الوليّ ، وفي الرواية التقييد بتعمّده ، و كذا في عبارة الشيخ على ماسبق ذكره ، و ينبغي أن يقال : إن تعمد الوليّ والزوجة أو كانا معاً جاهلين فالغرم عليها دون الوليّ ، لأن سببيتها أقوى ، نعم يستثنى لها أقل مايصلح مهراً ، وان تعمد أحدهما خاصّة فالغرم مختص به ، فان تعمدت هي فلابد من استثناء الأقل ، ولو علم الزوج وجهلت المرأة غرم مهر المثل ، ولا يرجع به على أحد وينبغي تأمّل هذا التفصيل، لأني لم أجد به قائلاً » .

قلت : مع أن فيه منافاةً لقاعدة عدم المهر لبغي مع فرض كونها المتعمّدة فلا وجه لاستثناء أقل مايصلح، بل يقال : بأن له الرجوع على كلّ منهما مع فرض كون الغرور من كلّ منهما إذا كانا جاهلين أو توزع الغرامة عليها ، اللّهم إلاّ أن يكون غرور الوليّ منهما ، فغرالزوج ، فان القرار حينئذ عليها ، فتأمّل جيّداً.

---

(١) الوسائل الباب -٥٨- من أبواب المهور .

هذا كلّه مع علم الحال .

أما إذا اشتبه على كلّ منهما زوجته ولم يكن ثمّ طريق إلى معرفتهما منع كلّ واحد من الرجلين عن الامرأتين حتّى يقرع ، فان القرعة لكلّ أمر مشكل ، لكن في القواعد « ألزم كلّ منهما الطلاق » و في غيرها احتمال طلاق الحاكم أو فسخه أو تسلط المرأتين على الفسخ وانتفاء الجميع، ولعل الأقوى ماذكرنا .

ولو طلقها فلا تحسب هذه طلقة لو تزوج أحدهما بإحداهما بعد ذلك وطلّقها اُخريين لم تحرم ، لعدم معلومية الزوجة في الثلاث ، والأصل الحل ، نعم لو زوّجهما معاً و طلقهما مرتين معاً ولو في الطلقة الأخرة حرم ما عليه ، لأن زوجته إحداهما و وقوع ثلاث طلقات بها مقطوع به لا على التعيين ، فيجب الاجتناب ، لاختلاط الحلال بالحرام ، و كذا إذا طلقهما مرتين متعاقبتين حرمتا بعد كمال الطلقتين لهما لذلك .

وعلى كل حال يلزم كلّ من الرجلين بنصف مع الطلاق قبل الدخول ، فان اتفق النصفان جنساً وقدراً وصفة أخذت كلّ منهما أحد النصفين وإن اختلفا قسم بينهما أحد النصفين بالتسوية إن تداعياه و تصادم دعواهما بأن حلفتا أو نكلتا ، و يبقى النصف الآخر مجهول المالك ، إلاّ أن يرجع إحداهما إلى ادعائه ، فلا يبعد سماعه منها وإعطاؤها إياه، وارتجاع ماأخذته من النصف الأوّل وتسليمه للاُخرى ، ولعل الأولى من ذلك القرعة بناءً على ماعرفت ، فكلّ نصف خرج على إحداهما أعطيت إياه ، و يعطي الاُخرى النصف الآخر لتعينه ، و ربما احتمل أيضاً إيقاف كلّ من النصفين حتّى يصطلحا .

وإن سكتا ولم يتداعيا شيئاً منهما فالأولى بناءً على ماذكرنا القرعة أيضاً ، وربما احتمل الايقاف أيضاً وإن كان الاختلاف بين النصفين في القدر خاصة أعطيت كل منهما ماتساويا فيه .

بقي الكلام في الزائد ، و الأولى عندنا فيه القرعة ، و يحكم الحاكم حينئذ بمقتضاها ، و ربما احتمل عدم ثبوت نصف المهر مع فرض وقوع الطلاق بالاجبار ،

و أولى به من فسخ الحاكم أو المرأتان ، لكنه كما ترى . و قد مرّ للمسألة نظير في تزويج الوليين ، و حكم الميراث حكم المهر .

ومع عدم البناء على القرعة لا ريب في أنه يحرم على كل منهما اُم كلّ واحدة منهما ، للاشتباه، وكذا يحرم كلّ منهما على أب الزوج وابنه، أما على ما ذكرناه من القرعة فلا إشكال ولا اشتباه ، والله العالم .

المسألة ﴿ الثامنة ﴾

﴿ كلّ موضع حكمنا فيه ببطلان العقد فللزوجة ﴾ الحرّة ﴿ مع الوطء ﴾ و الجهل ﴿ مهر المثل ﴾ كوطء الشبهة بلاعقد ﴿ لا المسمى ﴾ الّذي قد وقع في العقد الفاسد ، خلافاً لبعضهم كما عرفت الكلام فيه وفي غيره سابقاً ﴿ و كل موضع حكمنا فيه بصحة العقد فلها مع الوطء ﴾ و عدم التدليس منها ﴿ المسمى ﴾ الّذي تستقر بالدخول ﴿ و إن لحقه الفسخ . و قيل ﴾ والقائل الشيخ : ﴿ إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطء لزمه مهر المثل سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده و ﴾ لا ريب اُن ﴿ الأول أشبه ﴾ باُصول المذهب و أخباره كما تقدم البحث فيه .

المسألة التاسعة :

لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيماً ففي القواعد لا فسخ ، لامكان تجدد شرطه ولو في الشيخوخة وعدم العلم بالعقم من دونه ، وجواز استناده اليه .

و فيه (أولاً) أن فرض خروجها عقيماً ينا في هذه الاحتمالات الّتي منها جواز ولادتها في الشيخوخة الّتي لو وقع ذلك فيها عدّ من المعجزات ، و المراد من العقم المشترط عدم حملها ، فجواز كونه لمانع لا للعقم غير مجد ، و جواز استناده اليه ينفيه ولادته من غيرها ، وأن المراد من اشتراط الاستيلاد ما يرجع إلى صفاتها

لا إلى ما يرجع إلى فعل الله الذي لا اختيار لأحدهما فيه ، فان ذلك لا يجوز اشتراطه ، و دعوى - أنه و إن أريد بالشرط ما يرجع إلى صفاتها إلا أنه لا يعلم بوجه فلايفيد اشتراطه انتفاءه ، فان انتفاء الولادة لا يدل على العقم - يدفعها إمكان معرفة ذلك بالقرائن العادية التي تفيد الطمأنينة بذلك ، و كذا حكم اشتراطها عليه الاستيلاد .

المسألة العاشرة :

لو غرته المكاتبة بالحرية فان اختار الامساك فلها لا لسيدها المهر ، و إن اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول ، و يرجع به جميعه على المختار بعده إن كان قد دفعه ، و إلا فلا شيء ، و لو غره الوكيل - سيدها كان أو غيره - رجع إليه بالجميع .

و لو أتت بولد فهو حر إن كان الزوج حراً لأنه دخل على ذلك ، نعم مع فرض عدم إذن المولى يغرم قيمته يوم سقط حياً .

ويتبع القيمة في الاستحقاق أرش الجناية ، لأنه قيمة لبعض المجني عليه فان كان المستحق لها المولى استحق الأرش أيضاً ، ولو فرض أنه الغار لم يستحق شيئاً ، وإن كانت الأم هي المستحقة للقيمة كانت مستحقة للأرش أيضاً ، فاذا فرض أنها الغارة لم تستحق شيئاً وإن كان الغار غير المستحق غرم له القيمة ، ويرجع بها على الغار .

ولو ضربها أجنبي فألقته لزمه دية جنين حر لأبيه لأن أمه أمة لا ترث ، فان كان هو الضارب فللأقرب إلى الولد من ورثته دون الأب القاتل ، فان لم يكن له قريب فللامام ، و على الأب للسيد عشر قيمة أمة إن قلنا : إن الأرش له ، و إن قلنا: إنه للأم فلها، و وجه وجوبه أن الولد مضمون ولذا يجب على الجاني دية للأب، فكما يضمن للأب يضمن للسيد، وعن المبسوط والتحرير لا ضمان لوجوب قيمته يوم

سقط حياً ولا قيمة للميت ، و على الضمان فان زادت الدية على عشر القيمة أو ساوته فلا إشكال ، وإن نقصت عنه ففي وجوب العشر كاملاً أو أقل الأمرين منها وجهان .

المسألة الحادية عشر :

لا يرجع المغرور بالغرامة على الغار إلاّ بعد أن يغرم ، لأنه إنما يرجع بما غرمه، وكذا الضامن ، نعم في القواعد للمغرور مطالبة الغار ليخلص من مطالبة المرأة أو السيد ، كما أن للضامن أن يطالب المضمون عنه بالتخليص ، و لعله لكونه ليس رجوعاً ، لكن لا يخلو من نظر ، لعدم دليل على استحقاق هذه المطالبة قبل الدفع .

المسألة الثانية عشر :

قال في القواعد : « لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها أعلى أو أدون من غير شرط فالأقرب أنه لا فسخ ، وكذا المرأة ، نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسباً فظهر من غيره كان له الفسخ ، لمخالفة الشرط ، و كذا لو شرط بياضاً أو سواداً أو جمالاً » قلت : قد تكرر منّا غير مرة قوة ثبوت الخيار بالتدليس بصفة من صفات الكمال على وجه يتزوّجها على أنها كذلك فبان الخلاف ، أيّ صفة كانت ، لظهور نصوص(١) التدليس فيه ، خصوصاً المشتمل منها على التعليل الذى يكشف عن الوجه فيما ورد الخيار به من التدليس بالحرية ونحوها، مضافاً إلى فحوى خبر الحلبي(٢)

(١) الوسائل الباب ـ٢و٧ـ من أبواب العيوب والتدليس .

(٢) المراد من خبر الحلبي هو خبره الذى ورد فيمن تزوج وقال : أنا من بني فلان، وقد تعرض (قده) له بعد قليل فى هذا الفرع نفسه ، والظاهر أن استدلاله بفحواه هنا ليس لاثبات الخيار فى صورة الانتساب الى قبيلة و ظهور الخلاف ، فانه نص فى ذلك كما ذكره (قده) بل لاثبات الخيار بالتدليس بصفة من صفات الكمال ، كاشتراط البياض أو السواد أو الجمال ونحوها ، كما أنه استدل الفاضل (قده) لهذه الصورة بفحواه فى كشف اللثام و بنصه فى تلك المسألة .

و خبر حماد بن عيسى (١) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام « إنه خطب رجل إلى قوم ، فقالوا : ما تجارتك ؟ فقال : أبيع الدواب ، فزوجوه فاذا هو يبيع السنانير فمضوا إلى علي عليه السلام فأجاز نكاحه ، وقال : إن السنانير دواب » وخصوص نص الحلبي (٢) «في رجل تزوج امرأة فيقول : أنا من بني فلان ، فلا يكون كذلك، قال : يفسخ النكاح، أوقال : يرد » ولعله لذا كان المحكي عن ظاهر أبي علي والنهاية والخلاف والوسيلة الخيار وإن لم يشترط ذلك في العقد .

و منه يعلم الحكم في صورة الشرط المعلوم أو لويتها من ذلك ، و لذا اقتصر عليها ابن إدريس فيما حكى عنه نحو الذى سمعته من الفاضل ، بل يمكن دعوى تحصيل الاجماع منهم هنا ، على أن شرطية الصفات توجب الخيار إذا بان الخلاف ، بل قد عرفت فيما تقدم قوة ذلك حتى مع اشتراط الناقص من الصفات فبان الكامل لاختلاف الأغراض ولانحصار فائدة الشرط بذلك هنا ، نعم لو كان الشرط من الأفعال أمكن القول بعدم الخيار بتعذره أو امتناعه ، للفرق بين النكاح و البيع بذلك ، بل يلزم المشترط عليه بأدائه ، كما أنه تقدم لك منا أنه وإن قلنا بالحاق صورة التدليس بصورة الشرط في إثبات الخيار ، لكن ذلك إنما هو فيما إذا دلس صفة كمال فبان صفة نقص لا العكس وإن قلنا بالخيار في صورة شرطه ، و من ذلك كله يظهر لك ما في كلام المصنف ره في مسألة الانتساب في بحث الكفاءة ، وقد أوكلنا الأمر هناك إلى هذا المقام ، فلا حظ و تأمل ، والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب ـ١٦ـ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ـ١٦ـ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

و بهذا أنهينا والحمد لله تعاليقنا على الجزء الثلاثين من كتاب جواهر الكلام بجوار مولانا أمير المؤمنين سيد الاوصياء عليه آلاف التحية و الثناء فى أيام حرجة كانت تمر على الحوزة العلمية التى لا تزال محروسة برعاية صاحبها خاتم الاوصياء المهدى المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف النجف الاشرف ٢٨ رمضان المبارك ١٣٩٥

اقل خدمة الحوزة محمود القوچانی

فهرس الجزء ۳۰ من كتاب

جواهر الكلام

